# Kritische Blätter

## civilistischen Inhalts.

In zwanglosen Heften

von

D. Alois Brinz,
a. o. Professor der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen.

Nr. 4.

Erlangen, 1853.
Verlag von Ferdinand Enke.

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT

900000109

Digitized by Google

Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Von Friedrich Carl von Savigny. Erster Band. Berlin bei Veit und Compagnie. 1851.

## Correalobligation.
(§. 16 — 27.)

Ribbentrop's Untersuchungen über diesen Gegenstand[1]) haben unter dem Scheine eines bloßen Beitrages Grund gelegt. Einzelnes, minder Wesentliches, konnte man vielleicht ändern, Mehreres, ja vielleicht das Ganze weiterführen; aber gerade das ist der beneidenswerthe Ruhm dieses Buches, daß es fähig ist weitergeführt zu werden. Wer weiß wie lange noch man neuere Leistungen auf diesem Gebiete nach dem Maße Ribbentrop's wird messen müssen; umsomehr mag es der Leser billigen wenn wir vorderhand wo möglich auf ihn zurückgehen.

### I.

Die Correalobligation ist trotz Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern nur Eine obligatio. Zwar ist auch das schon bestritten worden[2]); allein nicht nur steht es in den Quellen buchstäblich und ausdrücklich geschrieben[3]): Jahrhunderte lang ist jene Einheit nicht nur anerkannt, son-

1) Zur Lehre von den Correalobligationen. Von Dr. Georg Julius Ribbentrop außerordentlichem Professor der Rechte zu Göttingen. 1831.

2) Vgl. Ribbentrop a. a. O. S. 17 Anm. 9. Vangerow, Leitfaden für Pand. Vorl. III. §. 573. Anm. 1. I. S. 69.

3) Vgl. Ribbentrop S. 20.



Digitized by Google

dern übertrieben, auf eine Reihe von Fällen ausgedehnt worden, denen sie fremd ist. Durch Ribbentrop's Sichtung ist sie selbst in helleres Licht getreten; heutzutage bestreitet sie Niemand mehr, so daß es unnütz wäre, sich hiefür nun auch noch auf die Autorität Savigny's zu berufen. (S. 183.). — Daneben wissen wir aber, daß diese Einheit nicht so unumwunden durchgeführt, als ausgesprochen ist; Ereignisse, welche sonst wohl Forderungen und Schulden zu tilgen vermögen, wie capitis deminutio, confusio, pactum de non petendo, — welche also, wo sie Einer obligatio begegnen, liberiren müßten, Alle und von Allen, wirken so, als ob so viele Obligationen seien als Gläubiger, oder Schuldner: nur für und gegen den Einzelnen — als ob die Natur sich gegen den „nicht natürlichen Charakter" (Sav. S. 228 unten) der Correalobligation empöre und wenigstens stellenweise mit ihrem Rechte durchdringe. Dieser Zwiespalt mitten in Einem und demselben Institute erscheint uns einer Betrachtung werth, selbst auf die Gefahr hin, daß ihr Ergebniß in keinem oberstrichterlichen Erkenntniß zu Tage bräche; hundert Meilensteine rings um die Praxis müssen wir der Theorie immer noch Raum lassen.

Savigny ist dem Grund dieser Erscheinung nicht eigens nachgegangen; wir vermuthen der Vorstellung wegen, die er von der Correalobligation überhaupt hat. Sie ist ihm eine „Ausnahme"; das „Grundverhältniß" in der Lehre von der C. O. ist ihm das einer Ausnahme zur Regel; Regel ist: Theilung der Forderung, wo Mehrere schulden oder zu fordern haben; Ausnahme, daß trotzdem Eine Obligation da sei (S. S. 138. 142. 220. 228.) Nach dieser Auffassung bedarf es lediglich einer Erklärung, warum die C. O. so und so weit Eine Obligation sei; denn das ist etwas Außerordentliches und will erklärt sein; was in ihr auf eine Mehrheit von Obligationen deutet, folgt der Regel und versteht sich von selbst. So erklären wir uns des Verfassers Stillschweigen über diesen Punkt. Ribbentrop[4]) aber folgt hierin nicht seinen eigenen, sondern Keller's Gedanken. Dieser will[5]), daß „im Sinne der römischen Juristen zwischen dem objectiven Bestand einer Obligation und ihrer subjectiven Beziehung zu unterscheiden" sei. Es stellten uns daher „die Römer sowohl für Correi, als für Hauptschuldner und Bürgen die „sehr einfache Regel auf, daß alle Schicksale, welche den objectiven

4) A. a. O. §. 5. S. 23.
5) Litisc. u. Urtheil. S. 446.

Digitized by Google

„Bestand der Obligation selbst treffen, dem Einen wie dem Ande„ren zu gute kommen, diejenigen aber, welche bloß auf die Persönlich„keit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation aber „nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die anderen „Einfluß haben sollen."

Diese, nur „im Sinn der Römischen Juristen," von Keller also doch selbst aufgestellte Regel hat allenthalben[6]) Aufnahme gefunden; auf sie möchten wir mit diesem ersten Abschnitte die Aufmerksamkeit des Lesers vorzugsweise hinlenken; über die Grenzen des Savigny'schen Buches schweifen wir deswegen noch nicht völlig hinaus; denn manchmal (S. 195. nro. 13. S. 195. nro. 14.) ist es, als ob auch Savigny, trotz jenes Grundverhältnisses der Regel zur Ausnahme, sich dieser Keller'schen Regel anschließe.

Es sind aber Bemerkungen gegen die Keller'sche Regel, welche wir dem Leser mittheilen zu müßen meinen. Denn erstens scheint sie uns überflüssig zu sein. Gibt es wirklich Ereigniße, „welche blos auf die Person wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren," so brauchen wir dafür, daß sie nur auf die Person, nicht auch auf die Substanz der Obligation, sei es nun der Correal- oder anderer Obligationen wirken, keine Regel. Zweitens aber ist zu läugnen, daß es solche Ereigniße gibt. In unsern Systemen mögen und müssen wir Personen und Rechte von einander ablösen und hinstellen, als ob sie getrennt von einander gehen und stehen könnten; aber darum sind Bücher Bücher und Leben ist Leben. Kein Wort, keine Abstraction, keine dieser Distinctionen zwischen Subject und Object vermag den Zusammenhang zu brechen, der zwischen dem Gläubiger und seiner Forderung, dem Schuldner und seiner Schuld besteht. Es ist zu bekannt, daß die capitis deminutio nicht eine Subjects-, sondern eine Rechtsschmälerung ist; von der confusio würde man nicht reden, wenn sie blos die Personen, nicht ihre Rechte untereinander brächte. Und das pactum de non petendo? Hier bieten die Römer eine Hilfe, die man nicht brauchen kann[7]); sie scheiden in ein pactum in

6) Vgl. z. B. Vangerow a. a. O. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand. R. 3. Aufl. §. 493. Anm. 6. Arndts, Lehrb. der Pand. §. 213. g. Puchta (Pand. §. 235) beschränkt sich, l. 19 D. h. t. im Auge, auf den Gegensatz der „Befreiung der Person," zu den Handlungen welche der correus mit dem Bestande der Obligation selbst vornimmt. Vgl. hiemit v. Seuffert Pand. R. 3. Aufl. II. S. 6. Anm. 4.

7) Vgl. Ribbentrop a. a. O. S. 26. Anm. 5. Savigny S. 172 unten.



Digitized by Google

personam und in rem, und erhärten damit doch so augenscheinlich den Gegensatz der „subjectiven Beziehung“ und des „objectiven Bestandes.“ Allein selbst das pactum d. n. p. in rem hilft — in der Regel — nur dem und nur gegen den pacisirenden correus; berührt also, obwohl auf den objectiven Bestand der obligatio gerichtet, denselben doch nicht. Indessen wollten wir nur zugeben, daß die Römer unterschieden haben zwischen einem pactum das in personam, und einem das in rem concipirt ist, nicht aber zwischen einem das nur die Person und einem das blos die Sache berührt; wir kehren vielmehr zu der Behauptung zurück, daß es kein Ereigniß gibt, welches blos das Subject der obligatio und nicht zugleich ihren objectiven Bestand berührt. Selbst das pactum d. n. p. in personam berührt so weit als die Person — und zwar ebensoweit als diese — auch den objectiven Bestand der obligatio. Wenn ich mein Forderungs- oder Klagrecht gegen A aufgebe, so leidet der objective Stand meiner Forderung mit, gleichviel ob ich diese nur gegen A, oder schlechthin aufgegeben habe; denn so lange A lebt, sind meine 1000 fl. inerigibel, um so viel also weniger werth; Entwerthung ist für Obligationen dasselbe, was Depravation für Grundstücke; ebenso wenig als man behaupten kann, daß durch diese blos die Person des Eigenthümers, nicht Grundstück und Eigenthum selbst angegriffen sei, ebensowenig kann man uns überzeugen, daß das pactum in personam nicht auch die Forderung selbst treffe. Aber was wollen denn die Römer mit ihrer Distinction des pactum in personam und in rem? Dasselbe was bei der Unterscheidung der actio in personam und in rem, und der exceptio personae und rei cohaerens; zunächst einen Gegensatz nicht von Subject zu Object, sondern von Subject zu Subject; sie wollen unterscheiden das pactum für oder gegen blos eine oder einzelne Personen im Gegensatze zu dem für oder gegen alle Personen; an diesen Gegensatz der Subjecte schließt sich dann ein anderer Gegensatz — aber wiederum nicht des Subjects zum Objecte, sondern des Objects zum Objecte an; wir meinen den Unterschied, je nachdem die Forderung ganz und gar aufgehoben, oder in ihrem Bestande nur verschlechtert wird. Und zwar stehen diese beiden Gegensätze in einer gewissen Wechselwirkung zu einander; je kleiner der Kreis der Personen ist, für oder gegen welche das pactum geschlossen wird, desto minder ist auch die Forderung selbst angegriffen; je größer desto mehr; ist es für und gegen Alle geschlossen, dann ist auch die Forderung selbst so gut als aufgehoben. Damit möchten denn auch die Ausdrücke in personam und in rem zusammenhängen:

Digitized by Google

nur daß wir auch hier wieder bloße Schlagwörter haben[8]). Mit dem Ausdruck in rem ist allerdings ein pactum bezeichnet, das die Obligation selbst angreift; aber nicht als ob das beim pactum in pers. nicht der Fall wäre, sondern weil es dort im höchsten Maße (vorzüglich) der Fall ist. Mit dem Ausdruck in personam will man kein pactum bezeichnen, das blos auf die Person geht, sondern ein solches das mehr blos auf die Person geht, als das in rem.

Wenn wir nicht irren, liegt dieser Unterscheidung von Ereignißen, welche nur auf die Person, nicht auf den objectiven Bestand der Obligation wirken, ein Versehen zu Grund. In der Correalobligation allerdings gibt es solche Ereignisse 8a): cap. deminutio, confusio, pactum in rem wirken hier in dieser beschränkten Weise. Diese Erscheinung war es, welche hätte erklärt werden sollen; man hätte uns zeigen sollen, warum ausnahmsweise cap. deminutio etc. in der C. O. blos die Person treffen; nun aber machte man den Gegenstand der Erklärung zugleich zum Erklärungsgrund und sagte: „Cap. deminutio, confusio etc. treffen innerhalb der C. O. blos die Person, weil sie blos die Person treffen. Ferner wirken cap. deminutio, confusio etc. nur hier, nur ausnahmsweise so beschränkt; statt dessen erhob man die Ausnahme zur Regel, fand in ihnen Ereignisse, die nur auf die Person wirken, in unserem Falle also nichts als Consequenz. —

Vielleicht daß wir in einem der nächsten Abschnitte etwas über den Grund dieser Abweichungen von der Einheit der C. O. auffinden können; hier genüge die Bemerkung, daß die Römischen Juristen sie durchaus nicht aus irgend einer Regel ableiteten, oder als etwas Regelrechtes hinstellten; vielmehr dachten sie sich dieselben als Ausnahmen, und prägten sie auch als solche aus. Nach ihrer Anschauung sind sie „Exemtionen“ 9) des einen Gläubigers oder des einen Schuldners aus der Correalobligation. Wie inmitten der limites einzelne fundi der Groma, ihrer geometrischen, rechtlichen, politischen Regel ausnahmsweise entzogen werden

8) Vgl. diese Blätter Nr. 3. S. 52. oben.

8a) Mehr sagt der berühmte Ausspruch in l. 19 de d. r. (45, 2): multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur nicht. S. dag. Sav. S. 162. not. g.

9) L. 19. D. d. r. (45, 2) — si unus capitis deminutione exemtus est obligatione l. 71. pr. D. fidej. (46, 1) — persona tantum exemta confusa obligatione.

Digitized by Google

können, ein Aehnliches ist in dem Verbande unserer obligatorischen Einheit möglich.

## II.

Wir haben nur im „Wechsel" ein Rechtsgeschäft vor uns, dem man den Grund, warum es geschlossen ist, nicht sofort ansieht. Ein solches Vorkehren des Aeußern, der Form, neben Verdeckung des Inneren, der causa, ist im Römischen Rechte nicht so selten. Stipulation, Mancipation, In Jure Cessio zeigen die Begründung von Obligationen, Eigenthum und anderen Rechten, sagen uns aber nicht, ob gelieben, geschenkt, gekauft, gezahlt sei. Die Correalobligation zeigt uns mehrere Gläubiger oder Schuldner und Eine Schuld: aber warum und wozu nur Eine Schuld, das ist ihr nicht an die Stirne geschrieben. Wenn auf irgend einem Punkte, scheint uns Ribbentrop auf diesem weitergeführt werden zu müssen. Nicht als ob er ihn gar nicht aufgenommen hätte. Fünf Paragraphen seines Buches (§§. 12—16) hatten die Bestimmung zu suchen, ob und was für ein Grund vorhanden sei, daß in den Fällen der C. O. nur Eine, bei den s. g. blos solidarischen Schuldverhältnissen dagegen mehrere Obligationen seien. Es begegnete zuerst Solidarität der Haftung: diese kann es nicht sein; Identität des Gegenstandes: auch diese nicht; Identität des Entstehungsgrundes: dieser Grund ist zu eng und zu weit. „Ueberhaupt — so schließt Ribbentrop §. 16 — dürfte auf die Frage, „was denn dieses Entscheidende eigentlich gewesen sei, keine allgemeine „Antwort möglich sein. Die Römischen Juristen gingen bei gewissen obligatorischen Verhältnissen von der Vorstellung einer mehrfachen subjectiven und zwar directen Beziehung einer und der nämlichen Obligation „aus, allein diese Vorstellung beruhte in den verschiedenen Fällen auf „verschiedenen Gründen." Also gab Ribbentrop die Hoffnung, einen gemeinsamen Grund der Correalität zu entdecken, auf; daß aber für die einzelnen Arten der C. O. ein solcher gewesen sei, nimmt er an. Sollte nun aber das Gemeinschaftliche, was durch die Arten desselben Genus hindurchgeht, und sie neben ihren Eigenheiten verbindet, nicht durch Alles hindurch gehen, durch ihre Gründe ebensowohl, als durch ihre Folgen, durch ihr Inneres ebensowohl als durch ihr Aeußeres? Puchta[10])

10) Vorl. §. 234. Nro. 2. „Die Intention muß auf Eine Obligation gerichtet sein." Abweichend hievon heißt es in den Pand. §. 235. daß die Solidarität (der

Digitized by Google

hat nicht gerastet; er fühlte sich nach einem allgemeinen Grunde gedrängt, als er, wenn auch mit andern Worten, sagte, daß die Einheit der C. O. in dem Willen der Parteien ihren Grund habe. Freilich hat er damit auch einige widerstrebende Fälle, wie z. B. die untheilbaren Obligationen, ohne weitere Rechtfertigung aus der Liste der Correalobligationen gestrichen (vergl. Pand. §. 233). Endlich hat Savigny diese Frage aufgegriffen.

„Zunächst — sagt er (§. 17. S. 144.) — sind die Entstehungs„gründe eines solchen exceptionellen Verhältnisses" (der C. O. nämlich) „anzugeben. Diese Gründe lassen sich einfach auf folgenden gemeinsamen „Gesichtspunkt zurückführen. Die Ausnahme (Correalität) tritt ein, „wenn die Personen, durch deren Thätigkeit die Obligation erzeugt wird, „es so wollen." So weit hätten wir allerdings einen einfachen Gesichtspunkt und überdieß einen Zuwachs zu der schon durch Puchta begonnenen Autorität; allein „ohne diesen Willen tritt sie nur in dem ein„zigen Fall ein, wenn die Obligation selbst untheilbar ist, und auch hier „nur für das Verhältniß mehrerer Schuldner;" dadurch wird die Einfachheit immerhin etwas gestört. Sehen wir nun aber einmal von dieser Störung ab und lassen den Willen der Disponenten allwirkenden Grund sein, so drängt sich die weitere Frage auf: Warum wollen die Disponenten „Eine" Obligation? Niemand wird läugnen, daß Eine Obligation neben mehreren Schuldnern oder Gläubigern etwas von einer Paradoxie hat; wer diese will, soll wissen warum. Wir empfinden darum eine besondere Befriedigung[10a]), daß der Verfasser diesem Warum einen eigenen Paragraphen widmet; denn die „practische Bedeutung," von der dieser handelt, fällt mit dem, was die Parteien wollen, zusammen. Den Kern seiner Ansicht hierüber gibt uns aber der Verfasser mit folgenden Worten (S. 217): „Es läßt sich ganz allgemein und bestimmt angeben, „worin die wahre practische Bedeutung der Correalschuld, verglichen „mit einem unter mehreren Personen getheilten Schuldverhältniß be„steht. Dem Gläubiger soll dadurch eine freiere Macht verliehen werden „in der Verfolgung einer Schuld; das ist die wahre practische Bedeutung." Diese freiere Macht des Gläubigers in Verfolgung einer Schuld wird

C. O.) in dem constituirenden Willen der Partheien ihren Grund habe. Aber erstere Fassung trifft den fraglichen Punkt besser, und wahrscheinlich will Puchta auch in der zweiten nichts anderes.

10a) Vgl. Rudorff in der 6. Aufl. von Puchta's Pandekten. §. 233. not. a.

dann in zwei Zwecke aufgelöst: Sicherheit und Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung. Größere Sicherheit entsteht bei der passiven C. O. indem aus mehreren Schuldnern der solventeste ausgewählt werden kann; größere Bequemlichkeit, weil Alles durch Eine Klage erreicht werden kann. Bei der activen Correalschuld ist der Zweck der leichteren und bequemeren Rechtsverfolgung allein bestimmend.

Es ist so natürlich, was Savigny hier sagt; die Ausführung — wegen der wir auf das Buch selbst verweisen — so freigebig und reichlich. Trotzdem werden wir nicht völlig befriedigt. Wenn größere Sicherheit zum wahren practischen Grund der C. O. gehört: warum hat man nicht lieber noch größere Sicherheit gewollt? noch größere Sicherheit aber wäre erzielt worden, wenn man statt der Einen obligatio mehrere, statt der Correalobligation ein blos solidarisches Schuldverhältniß constituirt hätte; bei der Correalobligation verlor der Gläubiger die übrigen Schuldner schon durch bloße Klaganstellung; bei blos solidarischem Schuldverhältniß würden bis zur Zahlung Alle fortgehaftet haben, während die Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung dieselbe blieb.

Wem diese Bemerkung gegen Savigny's Erklärung kein Bedenken macht, den bitten wir die zwei nächstfolgenden Abschnitte zu überschlagen; wir können uns nicht enthalten, die Lösung dieser ohnehin noch nicht viel verhandelten Frage auch unserseits zu versuchen, zu diesem Zwecke zuerst (III.) die einzelnen Fälle der C. O. zu mustern, und dann (IV.) zu ermessen, ob und was für ein Schluß aus diesen einzelnen Fällen sich ziehen lasse.

## III.

Auf dem Standpunkt des classischen Rechts gibt uns Savigny (§. 17.) als Entstehungsgründe der C. O., und damit ihrer einzelnen Fälle an:

a. Stipulation.
b. Literalcontract.
c. Uebrige Verträge.
d. Letzter Wille.
e. Richterliches Urtheil.

Aus §. 34 S. 367. müssen wir aber ergänzend beifügen:

f. Untheilbarkeit des Gegenstandes, wenn mehrere Schuldner an der Obligation theilnehmen.

Digitized by Google

Gar keinem Zweifel unterliegt nun, daß eine C. O. durch Stipulation begründet werden konnte. Bei den Römern bildet dieser Fall den Musterfall [11]). Uebrigens treffen hier zwei Classen von Fällen zusammen: die, wo die mehreren rei debendi oder stipulandi selbstständig (duo rei stipulandi, promittendi), und die, wo Haupt- und Nebenschuldner, oder Haupt- und Nebengläubiger neben einander stehen, also zwischen einer prinzipalen und accessorischen obligatio unterschieden wird (stipulator, promissor, adstipulator, adpromissor.) Zu den adpromissores rechnet man nicht nur die sponsores und fidepromissores, sondern auch die fidejussores. In Betreff der letzteren haben wir zwar wenigstens für die ältere Zeit einiges Bedenken, werden es aber schicklicher weiter unten vorbringen. Bekannt ist endlich, was J. III, 17. für Formen verlangt, damit durch Stipulation duo rei stipulandi, debendi werden, daß aber, wenn sie je schlechthin erforderlich waren, ein Nachlaß eintrat [12]), und die Absicht der Parteien, ein solches Verhältniß zu begründen, genügte.

Ebenso sicher scheint uns, was Savigny (S. 148 fgg.) von der Möglichkeit, Correalschulden durch Literalcontracte zu begründen sagt, wiewohl wir namentlich in Betreff der activen C. O. gerne noch weitere Aufschlüsse hätten. Genügte es, daß Jeder der mehreren Gläubiger den Schuldner lediglich für sich, in sein Buch eintrug? Bei gemeinschaftlichen Büchern, wie die Argentarien gehabt haben werden, fällt diese Frage freilich hinweg. Abgesehen hievon ist aber insbesondere die Unterscheidung zu beachten, welche Savigny (S. 150 unten und fgg.) innerhalb der Correalobligationen der Argentarien macht, eine Unterscheidung, welche auch bei Ribbentrop [13]) noch nicht vollkommen durchgeführt sein dürfte. Letzterer unterscheidet zwar zwischen denjenigen Geschäften mehrerer Argentarien, in welchen sich diese gemeinschaftlich obligirt haben, und denjenigen, in welchen sich blos Einer aus ihnen obligirt hat, führt dann aber den Satz, daß hier wie dort Alle correaliter haften, auf eine

11) l. 9 pr. D. duob. reis (45, 2) Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, — — fiunt duo rei promittendi — l. 8 §. 1 D. leg. I. Si ita scriptum sit: L. T. heres meus, aut M. heres meus X Sejo dato — quasi duo rei promittendi etc.

12) Vgl. Ribbentrop a. a. O. S. 112. und fgg. l. 11 §. 1 §. 2. D. h. t. Nov. 99. §. 1. cf. l 9 D. h. t.

13) A. a. O. §. 25. S. 242.

Digitized by Google

gemeinschaftliche Quelle — Gewohnheitsrecht — zurück. Savigny dagegen sieht, es scheint uns mit Grund, nur im letzteren Falle, wo Einer contrahirt und doch Alle haften, ein singuläres, zu Gunsten des Geschäftverkehres mit Bankgesellschaften eingeführtes Recht; die Correalobligationen des ersteren Falles folgen aus der Regel, daß vermittelst Literalcontractes Correalschuldn begründet werden können.

Das Ergebniß der Ribbentrop'schen Untersuchung, daß vermittelst Nebenberedung auch bei formlosen Verträgen, wie Kauf, Miethe, Depositum u. s. f. Correalobligationen begründet werden konnten [14]), sehen wir auch von Savigny angenommen. Er aber durchbricht eine Schranke, die Ribbentrop noch gelassen: beim Darlehen, als einem contractus stricti juris, schien diesem das pactum adjectum jene Wirkung nicht haben zu können [15]). Wir meinen der entgegengesetzten Ansicht von Savigny (S. 155. unten u. fgg.) den Vorzug geben zu sollen. Für die spätere Zeit hat dieser unmittelbare Belege; (Anm. x [1]); die nachlässigeren Formen der Correalstipulation für die früheren. Wir möchten beifügen, daß es ein pactum adjectum ist, was in Papinians Zeit die mehreren rei stipulandi oder promittendi zu correis machte [16]), und daß doch auch die Stipulation stricti juris negotium ist.

Geringere Schwierigkeit hat es gekostet, in dem letzten Willen eine Quelle von Correalobligationen zu erkennen, wiewohl hier Interpolationen (l. 8 §. 1 leg. I. — solutum —) und Corruptionen (l. 9 pr. D. h. t. „et" — „aut") zu entfernen waren. Wir müssen aber, über Savigny hinaus, ein besonderes Augenmerk auf die Form richten, aus welcher hier die C. O. entsprang. Sie besteht in der alternativen Fassung der mehreren Onerirten oder Honorirten. Daß durch irgend einen anderen Willensausdruck dasselbe erzielt werden konnte, dafür haben wir, meines Wissens, keinen Beleg. Den letzteren Fall, wo Mehrere alternativ honorirt sind, interpretirte Justinian so, als wenn et — et vermacht wäre. (Sav. S. 158.)

Daß aber weiterhin auch richterliches Urtheil — nach Sa-

---

14) A. a. O. §. 19 §. 20. f. bes. S. 176 fgg.

15) A. a. O. S. 111. Anm. 13.

16) L. 11 §. 1 D. h. t. (Papin.): — neque adjectum: ita ut duo rei stip. essent — §. 2 — quia non fuerit adjectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei prom. fierent.

Digitized by Google

vignys Ausführung: Verurtheilung — eine C. O. schaffen könne, müssen wir mit Anderen [17]), bestreiten. Was die von Savigny (S. 158.) beigebrachten Quellenbelege anlangt, so sagt l. 43 D. re jud. (42, 1) mehr nicht, als daß Mehrere, welche una sententia in unam quantitatem verurtheilt worden, mit der actio judicati nur pro parte virili zu belangen seien. Dasselbe l. 1 C. si plur. una sent. (7, 55). In l. 1 C. eod. wird eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß in dem Urtheil beigefügt wäre: ut quod ab altero servari non posset, id alter suppleret; zunächst sollen Alle pro parte, schlimmsten Falles Einer für das Ganze haften. Zugleich zeigt die Stelle auch an, daß singuli schlechthin in solidum condemnirt werden können; allein daß dabei an Correalität gedacht sei, ist nicht ausgesprochen. Weniger ist aus der vom Verfasser angeführten Literatur zu entnehmen; denn Glück (Comm. IV. S. 517) identificirt noch Correalobligation und solidarische Haftung, und Mühlenbruch (Band. §. 491) sagt: Für blos solidarische Obligationen kommt zu diesen Entstehungsgründen noch hinzu: richterliches Erkenntniß. — Sieht man auf die Sache selbst, so wäre nach heutigem Rechte, wo die Verurtheilung an sich keine neue Obligation begründet, sondern die vorhandene bestättiget, der angebliche Fall nur mehr denkbar, wo Nicht-Correi irrigerweise als solche erkannt würden; allein diesen Fall hat der Verfasser nicht vor Augen. Eine correale Condemnation des classischen Prozesses aber scheint uns vollends unmöglich; wurde, was zulässig war [18]), trotz der Correalität pro parte geklagt, so war deswegen keine correale Condemnation möglich; wollte in solidum geklagt werden, so waren durch die Klage gegen Einen die Uebrigen frei; es mußte Einer gewählt werden [19]); hiemit scheint es unvereinbar, daß Alle zusammen belangt wurden — also auch correale Condemnation unvereinbar. Ribbentrop hat diesen Fall nicht.

In Betreff der C. O. wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes ist die Differenz zwischen dem Verfasser und Ribbentrop groß. Letzterer nimmt nur die auf Stipulation erfolgte promissio: servitutem

17) Vgl. W. Sell, Zeitschr. f. Civ. R. u. Civ. Pr. III. S. 415. §. 27.
18) L. 11 pr. D. h. t.
19) Arg. l. 28 C. fidej. (8, 41) vgl. l. 52 §. 3 D. fidej. (46, 1) l. 47 D. loc. (19. 2).

Digitized by Google

dari als C. O. an[20]) — für unser heutiges Recht also vielleicht gar keine C. O. wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes mehr; Savigny dagegen alle die Fälle, in denen Mehrere für einen untheilbaren Gegenstand haften: so daß wir heutzutage noch so manche Correalobligation mehr hätten. Diese Differenz rührt daher, daß Ribbentrop in den übrigen Fällen keine Solidarität der Haftung annimmt, unser Verfasser dagegen wohl. Nach Beiden kommt also Alles darauf an, ob und wieweit die Untheilbarkeit des Gegenstandes Solidarität der Haftung erzeugt. Allein ist denn mit der Solidarität der Haftung auch schon Correalität gegeben? Wenn nicht, so können wir uns vorläufig der Frage entheben, ob und wieweit solidarische Haftung vorliege; alles kommt darauf an, ob, Solidarität vorausgesetzt, auch Correalität vorliege. Eine logische Nothwendigkeit ist dieses nicht; aus Untheilbarkeit der Leistung folgt zwar — wenn man von der aestimatio absieht — Ungetheiltheit d. i. Solidarität der Haftung, nicht aber daß die Haftungen der mehreren Obligirten auch Eine obligatio seien; es ist eben so wohl möglich, daß sie erst solutione, als daß sie schon litis contestatione frei werden. Sind Theilobligationen unmöglich, so gibt es zwei Auswege, von denen keiner näher liegt, als der andere: entweder erweitert sich je die sonstige Theilobligation zu je einer eigenen solidarischen Obligation; oder es tritt Eine solidarische Haftung Aller an ihre Stelle. Würden also Mehrere zusammen z. B. eine Wegservitut promittiren, so könnte zwar Eine solidarische Haftung Aller gewiß durch Verabredung begründet werden; ja das Recht könnte die Präsumtion aufstellen, daß eine solche gewollt war; allein selbst im letzteren Falle wäre die C. O. keine Folge der Untheilbarkeit, sondern besonderer wenn gleich nur präsumirter Disposition. Wie es das Römische Recht in diesem Falle gehalten habe, dafür sind meines Wissens keine Zeugnisse da. Wie aber, wenn Mehrere einen promissor viae beerben? Gewiß ist, daß „singuli in solidum tenentur“[21]); ja wir müssen zugeben, daß hier die Quellen eine C. O. anzunehmen scheinen. Die Worte der l. 25 §. 10 cit: „— nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret —“ würden schwerlich geschrieben stehen, wenn sich der Jurist vorstellte, daß aus der Einen obligatio mehrere werden; dazu kommt die Analogie der confessoria actio, welche, von Einem und gegen Einen angestellt, Allen

20) A. a. O. S. 223.

21) L. 25 §. 10. D. fam. herc. (10, 2) l. 2 §. 2 D. V. O. (45, 1).

Digitized by Google

nützt oder schadet [22]). Gesetzt nun aber, es wäre auf das strengste erwiesen, oder erweislich, daß überall wo Mehrere sich zu etwas Untheilbarem verpflichten, oder den Schuldner eines untheilbaren Gegenstandes beerben, eine C. O. vorläge: wir müßten gleichwohl behaupten, daß Untheilbarkeit des Gegenstandes kein Grund von Correalobligationen ist; wir würden zugeben müssen, daß bei solchen Verpflichtungen auch ohne den Willen der Parteien Correalobligationen vorkommen; allein Grund derselben wäre der Wille, die besondere Anordnung des Rechts, nicht die Untheilbarkeit des Gegenstandes; denn das bleibt unter allen Umständen und in allen Fällen wahr, daß aus der Untheilbarkeit des Gegenstandes eine Einheit der Obligatio nicht folgt. Wir hätten hier also denselben Fall, wie wo Jemand mit Einem der mehreren Argentarien Bankgeschäfte schloß; nicht der Wille der Parteien, nicht die Societät der Argentarien, nicht die Art des Geschäftes, — der besondere Wille einer Gewohnheit war hier der Grund der C. O. Daß ein solches besonderes Recht für den Fall der promissio servitutem dari galt, sind wir anzunehmen geneigt; im Uebrigen muß vorher die Solidarität der Haftung feststehen; sie steht nur für jenen einzelnen, ebenbesagten, Fall fest. Indessen wollen wir davon erst später, gelegentlich der solidarischen Schuldverhältnisse, handeln. —

So weit die Fälle Savigny's. Es ist aber noch zweier anderer zu gedenken, von denen der Eine bei Ribbentrop erörtert, der Andere von Vangerow, übrigens nicht ohne Motive, angenommen wird. Ersterer sieht nämlich noch eine C. O. in der gemeinschaftlichen Haftung mehrerer Miteigenthümer eines Sclaven aus dessen noxa; Vangerow zählt auch die Fälle der actiones adjectitiae qualitatis als Correalobligationen auf [23]). Was diese letzteren Fälle anlangt, so müssen wir zugeben, daß dem Gedanken und der Wirkung nach Correalität vorliegt; vielleicht, daß wir diese Behauptung Vangerow's weiterhin noch mehr erhärten können; allein zum Dasein einer förmlichen C. O. fehlt es doch an der Identität der Haftungen [24]). Um so vollkommener stimmen wir bei, daß mehrere Exercitoren ꝛc. unter einander nicht blos als solidarisch

22) Vgl. Vangerow a. a. O. I. §. 173. Anm. 2. lit. d.

23) A. a. O. III. §. 573. Anm. 2. nro. 3.

24) Vgl. Keller diss. inaug. ad l. 32. D. pec. p. 35 fgg. Ribbentrop a. a. O. S. 12. Anm. 2. Diese Blätter Nro. 2. S. 11. Savigny zählt sie §. 21. seinen „unächten" Fällen der C. O. bei.

Digitized by Google

Verpflichtete, sondern wie Correalschuldner behandelt werden müssen. Hievon unten mehr.

Schwieriger ist der nunmehr allein noch übrige Fall der Noxalklage. Was von ihm, das gilt auch von der actio de pauperie[25]), so daß seine Erörterung immer noch practischen Werth hat. Größer ist seine Bedeutung für den Sinn und Grund der E. O. überhaupt. Ribbentrop nimmt ihn nicht ohne Bedenken an, und legt uns seine Zweifel ausführlich dar. Sie sind ein Beispiel gründlichster Untersuchung und Selbstprüfung, und sollen nicht einsam verhallen. Die Beweise für das Dasein einer E. O. liegen vornehmlich in Stellen, wornach die Klage gegen den Einen der condomini den Andern befreit[26]), oder wornach ein Nichteigenthümer in jure interrogatus confessione sua obligationem oder actionem in se transfert[27]). Von den zwei hiegegen vorgebrachten Bedenken stammt eines aus l. 4 §. 3 D. nox act. (9, 3)[28]), das andere aus dem naheliegenden Gebiete der aquae pluviae arcendae actio.

In jener l. 4. §. 3. cit. wird ausgesprochen, daß der Herr, welcher quasi conscius detracta noxae deditione belangt und absolvirt worden, gegen eine nachherige Noxalklage (actio cum noxae deditione) die exceptio rei judicatae habe; es sei res in superius judicium deducta. Die exceptio rei judicatae steht hier — so beginnt Ribbentrop — offenbar in ihrer negativen Funktion, so daß die nachherige Noxalklage abgewiesen wird, nicht weil sie mit der vorausgegangenen Absolution in Widerspruch steht, sondern weil es dieselbe Klage ist, die nicht zum zweiten Mal angestellt werden kann. Wenn aber — fährt Ribbentrop fort — die Klage cum noxae deditione eine und dieselbe Klage ist mit

---

25) Vgl. Ribbentrop a. a. O. §. 26. S. 243. Anm. 3.

26) L. 20 pr. l. 8. D. interr. in jur.

27) L. 13 pr. l. 14 pr. D. eod.

28) Si detracta noxae deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, et finito judicio, amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei judicatae summovebitur: quia res in superius judicium deducta et finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo, qui scit, cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione, danda actio non est. In ipso autem judicio, si voluerit, et scientiam domini arguere, non est prohibendus.

Digitized by Google

der sine nox. ded., wenn ferner erstere durch Anstellung gegen Einen der Miteigenthümer des Sclaven auch den anderen gegenüber consumirt ist (und das muß sie sein, wenn eine C. O. vorliegt), dann muß auch Anstellung der actio noxa detracta gegen Einen Consumtion für Alle mit sich führen; denn actio cum noxae deditione und noxa detracta sind sich ja gleich! Nun bezeugen aber die Quellen auf das bestimmteste, daß Anstellung der actio noxa detracta die Uebrigen nicht liberire[29]). Also muß entweder die Noxalklage (cum n. d.) mit der gegen den quasi conscius dominus (noxa detracta) nicht eins, oder die Verpflichtung der condomini Namens des Sklaven (servi nomine) nicht correal sein. Dagegen, daß jene beiden Klagen nicht eins seien, spricht jene exceptio rei judicatae und res in judicium deducta in l. 4. §. 3. cit.; was bleibt übrig als anzunehmen, die Verpflichtung servi nomine sei nicht correal? — Das ist, soferne wir diesem etwas schwierigen Gange richtig gefolgt sind, Ribbentrops erstes Bedenken. Es lautet, kürzer gefaßt, so: Wie ist die Correalität der mehreren servi nomine bestehenden Haftungen vereinbar mit den bloß solidarischen Haftungen mehrerer conscii domini, wenn die Klage cum n. d. eins ist mit der sine n. d.? Ribbentrop hält schließlich an der Correalität fest, und verwirft die Identität jener beiden Klagen, was ihn dann aber zu der Behauptung drängt, daß die exceptio rei judicatae in l. 4. §. 3. cit. keine wahre exceptio rei judicatae, und daß die „res in judicium deducta" nicht technisch, sondern blos factisch gemeint sei, man habe hier nicht den Ausdruck und die Wirkungen der processualischen Consumtion, sondern blos einen singulären, Verminderung der Prozesse bezweckenden, Satz. — Diese Entwerthung jener beiden Termini scheint uns nun aber zu gewagt. Wir meinen auch positiven Grund zu finden, daß von der gewöhnlichen exc. r. j. und res in judicium deducta die Rede sei. So viel wir nämlich wissen, beruht die Verschiedenheit der beiden Klagen 1) in der condemnatio, sofern sie dort auf die Bedingung der Nichtdedition, hier ohne diese Bedingung gestellt ist; 2) in der intentio; dort war in ihr ausgeprägt, daß der dominus nur servi nomine hafte („propter eum dare oportere" — l. 42. §. 1. D. h. t.); nach dem weiteren Inhalt dieser Stelle und dem von l. 5. §. 1. eod.[30]) wird es gewiß, daß die Klage als gegen

29) L. 5. pr. l. 17. pr. D. h. t.

30) L. 42. §. cit: Si quis pro servo mortuo, ignorans eum decessisse, noxale

den conscius dominus ohne dieſen Zuſatz „propter eum“ intendirte, wie er denn hier auch suo nomine haftete. Wenn ſich die beiden Klagen blos durch dieſe adjectiones unterſchieden: iſt der Unterſchied ſo groß, daß ſie in Bezug auf res judicata und prozeſſualiſche Conſumtion von einander unabhängig waren? Wenn zufolge der actio sine n. d. die Abſolutio beſagte: dare eum non oportere: konnte noch geklagt werden: propter servum eum dare oportere? Paulus meint, man ſolle die Identität der Klagen (eadem res) pinguius faſſen, nicht nulla adjectione diminutioneve facta[31])! Ferner wer das Ganze eingeklagt hat, kann den Theil nicht mehr einklagen[32]). Verhält ſich nun das propter servum dare oportere zu dem bloßen dare oportere nicht wie der Theil zum Ganzen? kann man auf den, welcher zuerſt das einfache dare oportere einklagt, nicht das Wort der l. 30 cit. anwenden: Videtur in illa petitione etiam partem — vindicasse, und ſagen: Wer die Klage auf dare oportere angeſtellt hat, der hat damit auch ſchon das propter eum dare oportere miteingeklagt? Hiegegen dürfte kaum etwas einzuwenden ſein; um ſo mehr aber gegen die Härte, welche hieraus für den Kläger entſpringen kann; weil er in dem vielleicht guten Glauben, daß der dominus conscius geweſen, noxae ded. detracta geklagt hat, ſoll er nun nichts haben! Allein gerade dieſer Punkt wird uns zum Fingerzeig, daß genau ſo wie l. 4 §. 3 cit. ſagt, res in judicium deducirt war; denn die gedachte Härte iſt durch ein merkwürdiges Zugeſtändniß an den Kläger gemildert: daß er nämlich, donec res in judicio agitatur, von der actio mit noxae ded. zu der ohne n. d. und umgekehrt abſpringen konnte[33]); ſah er alſo daß ihm der Beweis der Mitwiſſenſchaft nicht gelang, ſo konnte er noch in eodem judicio die dem Herren servi nomine obliegende Verpflichtung verfolgen. — So glauben wir denn feſthalten zu müſſen, daß zwiſchen beiden Klagen wenigſtens ſo viel Gleichheit ſtattfand, als zu der in l. 4

---

judicium acceperit, absolvi debet: quia desiit verum esse, propter eum dare oportere. cf. Keller an dem oben Anm. 24 a. E.

l. 5 §. 1 cit. Differentia autem harum actionum non solum illa est, quod qui scit, in solidum tenetur, verum illa quoque, quod sive alienaverit servum, qui scit, sive manumiserit, sive decesserit servus dominus tenetur —

31) L. 14 pr. D. exc. r. jud. (44. 2).

32) L. 7 pr. l. 26 §. 1 l. 30 eod.

33) L. 4 §. 3 D. h. t. ſ. oben Anm 28.

Digitized by Google

§. 3 cit. ausgesprochenen prozessualischen Consumtion erforderlich war. Anderseits können wir aber auch nicht in Abrede stellen, daß diejenige Haftung, welche den Miteigenthümern servi nomine oblag, correal war; neben den Anm. 26 und 27 angefügten Stellen bestärkt uns namentlich auch noch l. 5 pr. D. h.[34]). Wie werden wir nun aber das Bedenken Ribbentrop's beseitigen? Durch Unterscheidung des in der intentio Ausgesprochenen und des Nichtausgesprochenen. Bei Beantwortung der Frage: wann mit Anstellung einer Klage gegen Einen die Klage gegen Andere consumirt sei, entschied nicht die äussere Gleichheit, nicht der Wortlaut der intentio. Bei blos solidarischen Schuldverhältnissen war die Klage gegen den B mit der gegen den A nicht minder gleichlautend, als bei Correalobligationen; und doch ward nur hier consumirt. Es muß demnach über die Formel hinaus, auf das weitere in dieser nicht ausgesprochene Sachverhältniß eingegangen worden sein. Wenn wir also selbst annehmen müßten, daß die actio cum n. d. und n. detracta völlig eins, daß in ihrer Formulirung gar kein Unterschied gewesen, so dürften wir doch daraus nicht folgern, daß in Betreff der Consumtion, sobald eine abermalige Klage gegen Andere in Frage stund, hier und dort dieselben Grundsätze gegolten; vielmehr wurde jetzt Rücksicht darauf genommen, daß dort Alle nur in fremdem Namen, hier aber aus eigener Schuld hafteten, — Grundes genug, jene wie Stellvertreter, diese wie Delinquenten zu behandeln.

Sein zweites Bedenken schöpft Ribbentrop wie gesagt aus der aquae pluviae arcendae actio (S. 254 — 258). Sind hier der Eigenthümer des beschwerenden Grundstückes mehrere, so fragt sich, ob Jeder (operis non restituti et ejus damni nomine, quod post litisc. factum sit) in solidum oder blos pro parte hafte. Wenigstens die spätere Praxis entschied sich für das letztere; Cassius aber, und vielleicht ältere Juristen nahmen solidarische Haftung an[35]). Diese solidarische Haftung wird aber von Cassius ausdrücklich als eine solche bezeichnet, welche erst nach geschehener Leistung, nicht schon durch Anstellung der Klage erlischt, also

34) Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale judicium in quemvis dabitur. Sed si omnibus scientibus quivis eorum tenebitur, detracta noxae deditione, quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur. —

35) Vgl. l. 11. §. 1. und §. 3. D. h. t.



Digitized by Google

nicht correal ist. Und doch lehnte man diese solidarische Haftung an das Muster der Noxalklage an (l. 11. §. cit.). Waren demnach nicht auch letzterer Klage gegenüber die Miteigenthümer blos bei der Noxalklage solidarisch obligirt? Es drängt uns einzuwenden, daß bei der Noxalklage (weiteren Sinnes) ja beides vorkommen konnte: solidarische und correale Haftung, je nachdem die Miteigenthümer betheiligt waren oder nicht, und daß man sie für die a. pl. a. actio nur in der ersteren Beziehung zum Muster nahm. Ribbentrop geht weiter, und macht uns wenn auch nur andeutungsweise darauf aufmerksam, daß innerhalb der a. pl. arc. actio ein ähnlicher Unterschied vorkommt, wie in der Noxalklage: unschuldige und schuldige Herren und Miteigenthümer; daß dann auch Cassius, wo er von der solidarischen, erst durch Erfüllung untergehenden Obligatio sprach, an Miteigenthümer dachte, welche das opus selbst errichtet haben. Hiernach scheint es Ribbentrops Ansicht zu sein, daß mehrere Miteigenthümer, welche das opus nicht selbst errichtet haben, wenigstens nach Cassius Sinn, correaliter einstunden, kurz daß die a. pl. arc. actio, was Solidarität und Correalität anlangt, ganz ein Seitenstück der Noxalklage war. Und hiemit würden auch gewisse äussere Aehnlichkeiten zusammentreffen: Servus nocet — aqua, opus, fundus nocet; der Herr haftet bald suo, bald alieno (Servi — fundi) nomine. Durch die Quellen werden wir aber in diesem Parallelismus nicht weiter unterstützt; vielmehr hat es allen Anschein, daß späterhin wenigstens die mehreren Herren des fundus, mochten sie nun das opus verschuldet haben oder nicht, pro parte zu belangen waren (l. 11. §. 3. cit.) So scheint auch Ribbentrop die Sache zu fassen.

## IV.

Jetzt kommen wir auf die Frage zurück: Warum Einheit der mehreren Haftungen und Forderungen? warum in diesen Fällen, und gerade in diesen eine Correalobligatio? Es ist unsere Aufgabe, zu suchen, ob und was für ein Grund für jene merkwürdige Einheit in den einzelnen Fällen liegt; ob es ein allen Fällen gemeinsamer, oder ob es verschiedene Gründe sind; oder ob endlich — was uns das Ergebniß der bisherigen Forschungen zu sein scheint — nicht so sehr ein schlüssiger Grund, als ein nun einmal vorhandenes Wollen, oder irgend eine sich ihrer selbst nicht ganz bewußte Vorstellung zur Annahme von Correalobligationen geführt hat.

Digitized by Google

Beginnen wir mit der passiven C. O. und zwar mit der des Hauptschuldners und Bürgen. Warum ist hier trotz der mehreren Schuldner nur Eine Obligatio? Um das Ergebniß unserer Erwägungen vorauszuschicken: Weil materiell nur Eine Obligation da, die Mehrheit der Obligationen nur Form ist. Wir wünschen redlich, etwas von dem „Formensinne" unseres Jahrhunderts geerbt, und gelernt zu haben, welch reiche Aufschlüsse aus dem dare facere oportet und tausend anderen typischen Erscheinungen gewonnen worden nnd noch gewonnen werden können. Nichts desto weniger glauben wir, daß die Römer selbst Meister geblieben sind über ihre Formen, und daß eben von daher, weil sie sich von ihren Formen dienen, nicht beherrschen ließen, unter anderm die Einheit der Obligationen des Hauptschuldners und des Bürgen rührt. Was will der Bürge? Er will den Schuldner vertreten; allenfalls für ihn zahlen, für ihn sich verklagen lassen, ihn defendiren. Wie sehr wäre es uns zu statten gekommen, wenn Savigny in seinem nun mehr erschienenen 2ten Bande des Obligationenrechts einen Blick auch auf unseren Begriff von Stellvertretung[36]) geworfen, wenn er ihn auch verworfen hätte. Entweder wären wir von der Wiederholung eines Irrthums bewahrt, oder in einer immerhin nicht unwichtigen, und gleich auf gegenwärtigem Gebiete folgenreichen Vorstellung bestärkt worden. Wir meinen die Vorstellung, daß die Grundlage und Voraussetzung aller Stellvertretung ein negotium alienum sei. Ist diese Vorstellung richtig — wir haben bis jetzt keinen Grund, von ihr abzuweichen — dann trägt auch die Bürgschaft die allgemeine Voraussetzung der Stellvertretung in sich; der Bürge gerirt zwar kein alienum negotium in dem Geschäfte, durch das er die Bürgschaft eingeht[37]); allein indem er sie eingeht, macht er sich anheischig, ein fremdes Geschäft zu geriren: eine fremde Schuld zu zahlen, eine fremde Klage zu übernehmen. Wäre alles bei diesem materiellen Sachverhalt geblieben, so hätten wir einen Stellvertreter, der von anderen seiner Art nur dadurch ausgezeichnet wäre, daß er sich einem Dritten, dem Gläubiger, zur Vertretung seines Prinzipals, des Schuldners, obligirt. Statt wie Cognitoren, Procuratoren und Defensoren erst durch Litiscontestation,

36) S. diese Blätter Nro. 2. S. 3. fgg.

37) Dieses Geschäft des Bürgschaftscontractes hatten wir Nro. 2 dieser Blätter S. 5. Z. 12. von unten zu ausschließlich im Auge, möchten nun aber das Dortige durch das was im Texte folgt, ergänzt und verbessert haben.



Digitized by Google

wäre er dem Gläubiger schon früher, durch einen Contract, zur Uebernahme der Klage verpflichtet. Daß bei diesem Stande der Sache die Schuld des Prinzipals, und diejenige, welche der Bürge zu Zahlung und Vertheidigung übernähme, Eins wären, das könnte nicht auffallen, hätte vielmehr dieselbe Nothwendigkeit, wie daß es dieselbe Schuld ist, welche der Cognitor ꝛc. ꝛc. oder sein dominus einklagt oder defendirt: es wäre eben nur die Schuld des Prinzipals. Wir können nun die Gründe nicht verfolgen, warum die Römer bei dieser obligirten Stellvertretung nicht stehen blieben; vielleicht war es Strenge [38]), möglicherweise die Sprödigkeit der alten Zeit gegen Stellvertretung, vielleicht der Vortheil größerer Kürze [39]), daß man den Bürgen die Schuld, welche er zu vertreten hatte, selbst übernehmen ließ. Diese Selbstverpflichtung war die Form, in welche die Bürgschaft eingekleidet wurde; ich halte sie für ein Werk alter Cautelar-Jurisprudenz; aber der Gedanke daran, daß der Bürge sich doch für den Schuldner verklagen, verurtheilen, und exequiren lasse, ließ sich durch diese Form nicht ausmerzen; er trat mannigfach hervor: darin daß der Bürge als negotiorum gestor des Schuldners gedacht und bezeichnet wird [40]); darin daß zwischen einem prinzipalen und accessorischen debitor unterschieden wurde, und endlich darin, daß beide Obligationen als Eine, als C. O. festgehalten wurden.

Wir haben uns aber hier unter dem Bürgen zunächst überall nur den sponsor und fidepromissor gedacht. Das Verhältniß des Mandators (mand. qualif.) ist vornherein ein anderes gewesen und auch ein anderes geblieben. Der Mandator macht sich nicht anheischig, für den Schuldner zu zahlen: das zeigt sich am deutlichsten darin, daß die obligatio des Schuldners fortbesteht, nachdem der Mandator gezahlt hat; gleich jedem anderen Mandanten haftet er dem Mandatar für dessen Aus-

---

38) Vgl. diese Bl. Nro. 3. S. 52. Anm. 95 Uebrigens hätten wir schon damals anführen sollen: Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht 1850 §. 2: „Daß eine Sponsio auch für eine ungiltige verborum obligatio zulässig war, erklärt sich aus dem Standpunkt des älteren Rechts, welchem der Begriff der accessorischen Obligation noch fremd war“

39) Gegen den sponsor war nur Eine obligatio, die aus seiner spon-io, zu beweisen. Bei dem obligirten Stellvertreter hätte sich der Beweis vervielfältiget wie beim mandatum qualif.

40) L. 4. L. 5. D. neg. gest. und a. m. vgl. Festus voc. adpromissor: — qui quod suo nomine. promisit, idem pro altero quoque promisit.

Digitized by Google

lagen; diese Haftung und die mit dem Creditum zusammenfallende Haftung sind in ihrem ersten Ursprung und Gedanken verschiedener Art, also auch nie als Eine Obligatio behandelt worden. Was aber die fidejussio anlangt, so können wir die von Rudorff[41]) hingeworfene Bemerkung, daß sie „nichts Anderes ist als ein in Stipulationsform gekleideter Creditauftrag" nur bestätigen. Dafür zeugen die bei beiden Geschäften gebrauchten Formeln[42]); dafür die von Rudorff hervorgehobene Zusammenstellung von Mandatoren und Fidejussoren; dafür der Umstand, daß mehrere Fidejussoren noch lange schlechthin in solidum hafteten, nachdem die Haftung mehrerer Sponsoren und Fidepromissoren längst getheilt war, und daß sie wenigstens eventuell bis zuletzt in solidum haften; dafür endlich die Thatsache, daß Fidejussoren gleich Mandatoren nicht blos bei Verbalcontracten intercediren können. Wir vermuthen daher, daß die Obligatio der Fidejussoren nicht von jeher für identisch galt mit der des debitor principalis,[43]) wiewohl nicht verkannt werden kann, daß schon im classischen Rechte eine solche Identificirung eintrat, etwa so, daß man in der fidejussio mehr ein auf idem gerichtetes Versprechen, denn ein Mandat (jussum) zu sehen anfing. —

So viel von den Bürgen. Ganz entschieden aber ist der Adstipulator nichts als ein in den Contract aufgenommener Vertreter des Gläubigers 43a). Hat es etwas für sich, daß für das Dasein einer Correalschuld zwischen dem reus und seinen adpromissores ein und derselbe Grund gelte, wie für die Correalforderung des stipulator und adstipulator, so liegt darin, daß der adstipulator factisch ein Stellvertreter, und

---

41) Zeitschrift f. gesch. R. W. XIV. S. 362.

42) S. z. B. l. 60. §. 1. D. mand. (17, 1) „ — quare scias quodcunque ab ea ex hac causa sipulatus fueris, id me mea fide esse jussisse salvum te habiturum." So schreibt ein Mandant. vgl. l. 24. D. fidei. (46, 1) Daß das Mandat namentlich unter Abwesenden an die Stelle der fidejussio zu treten bestimmt war, s. l. 36. D. mand: — neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet.

43) Enthält nicht l. 13. §. 7. D. accept. (46, 2) eine Spur des alten Unterschiedes? Si fidejussori accepto fuerit latum, cum reus re, non verbis fuisset obligatus: an reus quoque liberetur? Et hoc jure utimur, ut licet reus non sit verbis obligatus, tamen acceptilatione per fidejussorem obligetur.

43a) Rudorff a. a. O. S. 386.

Digitized by Google

daß er correus, und daß er es gewiß nur auf Grund seiner Stellvertretung ist, eine Probe für unsere obige Auseinandersetzung.

Wir kommen auf den Fall der duo rei credendi vel debendi. In hohem Grade wahrscheinlich ist die Behauptung Savigny's, daß hier „bei „dem passiven Correalverhältniß stets jeder der Schuldner ein eigenes, „wenn auch nur partielles Interresse bei dem ganzen Rechtsgeschäft hat." (S. 224). Denn so sehr es andrerseits einleuchtet, daß man, insbesondere seit auch die Fidejussoren auf Theilung Anspruch hatten, die Correalobligation auch für Bürgschaft benützte[44]), so muß doch der von Savigny angegebene Gebrauch der ursprüngliche und gewöhnliche gewesen sein. Stellen, wie l. 17 §. 2. D. ad. SC. Vell. (16, 1), l. 5 l. 9 pr. D. h. t. lassen auch in diesen Gebrauch hineinsehen. Setzen wir nun — um vorerst bei der passiven C. O. stehen zu bleiben, — den Fall, wo Zweie zusammen in gemeinschaftlichem Interesse ein Darlehen aufnehmen, Jeder aber sich für die ganze Summe verpflichtet (ejusdem pecuniae rei facti sunt), so ist klar, daß Jeder zunächst zweierlei Schulden hat, eine eigne und eine fremde; etwa 50 fl. schuldet er im eigenen, 50 fl. im fremden Interesse. Wir behaupten nicht, daß er, auch nur dem Gedanken nach, nothwendig und immer für den Anderen zu 50 fl. bürge, überhaupt intercedire, und glauben, daß Girtanner (a. a. O. S. 323 §. 2.), indem er die C. O. schlechthin als Intercession bezeichnet, zu weit geht; man kann alienum negotium auch im eigenen Interesse geriren[45]); man würde vielleicht schlimmer daran sein, wenn man des Darlehens, da der Gläubiger keine Partialobligationen will, gar nicht habhaft würde, und also größeren Schaden litte, als durch Prästation der ganzen Summe[46]); allein dieß möchten die selteneren Fälle sein; häufiger wird

---

44) S. Girtanner a. a. O. §. 27. S. 102. und die von ihm allegirte l. 4. C. duob. reis (8, 40).

45) l. 6. §. 3. D. neg. gest. (5, 3).

46) l. 17. §. 2. D. S. C. Vell. (16, 1) Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniae rei facti sunt; non omnimodo mulierem pro parte socii intercessisse dicebat: Nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat (veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur) potius esse, ut Senatus consulto locus non sit; at si in aliquam emtionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam vide-

Digitized by Google

in einem Theile der übernommmenen ſolidariſchen Schuld eine Verbürgung ſtecken; aber, was wichtiger iſt, ſelbſt da, wo keine Interceſſion vorliegt, wird immerhin theilweiſe dennoch alienum negotium gerirt. Ein negotium alienum, das ich in eigenem Intereſſe ausbeute, bleibt dennoch alienum negotium, wie denn hier negotiorum gestorum actio (directa) nicht minder platzgreift[46]). Mit dieſer Auffaſſung, daß bei Eingehung unſerer C. O. immer ein negotium alienum gerirt werde, ſtimmt insbeſondere l. 5 D. duob. r. c. (45, 2)[47]) zuſammen. Es wird gefragt, ob zwei Handwerksleute ſich zu einer gewiſſen Arbeit als correi verpflichten können. Julian macht es davon abhängig, ob alienae operae promittirt werden können. Bei Handwerksleuten von gleicher Geſchicklichkeit ſei es möglich, darum auch die C. O. — Soweit nun Jeder eines Anderen Schuld auf ſich nimmt, iſt hier derſelbe materielle Grund für Einheit der Obligationen, wie bei der Bürgſchaft. Auch hier liegt wenigſtens dem Effecte nach eine Vertretung, ſei es nun in eigenem, oder blos in fremdem Intereſſe vor: auch hier zwingt die Vertretung, daß die Schuld in der Perſon des Vertreters und des Vertretenen Eins (eadem pecunia) ſei; auch hier wird dieſe Einheit dadurch, daß die Vertretung ſich in die Form der Selbſthaftung hüllt, nicht aufgehoben. Da Jeder den Anderen vertritt, haben Beide dieſelben Schulden; aber zunächſt hat Jeder, wie bemerkt, zwei Schulden; Jeder ſchuldet einen Theil der Summe in eigenem, einen Theil in fremdem Namen; aber dieſe Mehrheit der Schulden (in einer und derſelben Perſon) verſchwindet vor der Form der Stipulation, welche Jeden das Ganze auf einmal (una obligatione — solidum) promittiren läßt. — Für den Fall, wo Einer ohne eigenes Intereſſe ſich neben einem Anderen als correus verpflichten würde, brauchen wir nichts mehr hinzuzuſetzen.

Duo rei stipulandi mögen noch ausnahmsloſer aus gemeinſchaftlichem Geſchäfte der beiden Stipulatoren hervorgegangen ſein.

---

ri, et ideo creditorem partem dumtaxat pecuniae a muliere petere posse; quod si totum petierit, exceptione pro parte summovebitur.

46) l. 6. §. 3. D. neg. gest. cit.

47) Nemo est, qui nesciat, alienas operas promitti posse et fidejussorem adhiberi in obligatione. Et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui, vel promittendi; sicuti si ab eodem fabro duo rei ejusdem operas stipularentur, et ex contrario duo fabri ejusdem peritiae easdem operas promittere intelliguntur, et duo rei promittendi fieri.

Digitized by Google

Als vollends Adstipulationen wegen Erleichterung der Stellvertretung im Prozeß abkamen[48]), wird kein bloßer Stellvereiretreter mehr correus stipulandi geworden sein. Allein theilweise war dieser immer und nothwendig Vertreter des Andern, da bei gemeinschaftlichem Geschäfte ein Theil der erworbenen Forderung fremdes Gut war, also in Form eigenen Guthabens eines Anderen Forderung eincassirt und eingeklagt wurde. Heutzutage lassen Anwälte die Forderungen ihrer Clienten, um sie desto ungehemmter vertreten zu können, nicht selten auf sich cediren und umschreiben. Dem Sinn und der Sache nach bleiben sie Stellvertreter, wenn sie gleich als Gläubiger auftreten.

Zwischen den Fällen, wo Correalobligationen in Verbalcontracten und wo sie bei Literalcontracten so wie bei formlosen Verträgen vermittelst Nebenberedung vorkommen, ist, was Einheit der Obligatio und deren Grund anlangt, kein Unterschied. Besonderes Augenmerk verdienen nun aber wiederum die Fälle, deren äussere Gestalt gar sehr von der der Correalstipulation abweicht; würden wir selbst hier denselben Grund der Correalität wiederfinden: ich glaube wir müßten Zutrauen zu ihm gewinnen. Es scheint uns nun aber vor allem in der Noxalklage, (cum noxae deditione), ziemlich offen da zu liegen, daß, mögen der haftenden Herren noch so viele sein, nicht etwa künstlich, oder blos juristisch, sondern natürlicherweise nur Eine Schuld besteht: die des Sclaven. Die Herren haften servi nomine: nicht etwa verdeckt und in Schuldner aus eigenem Namen umgeformt, wie die Bürgen, sondern nach dem Wortlaut der Intentio[49]), nach der Sprache der Quellen, welche sie Defensoren des Sclaven nennt[49a]). Hier liegt nicht nur der Sache sondern auch der Form nach jene obligirte Stellvertretung vor, die wir an anderem Orte Defensionspflicht genannt haben[50]); nur daß hier der Besitz des Sclaven, nicht ein Contract verpflichtet. Dasselbe Verhältniß, wie zwischen Sclaven und Herren in der noxalis actio, waltet aber ob zwischen Sclaven und Herren, Haussöhnen und Vätern, Institoren und Principalen, Schiffern und Rhedern in den

48) Rudorff a. a. O. S. 391.

49) Vgl. Anm. 30.

49a) l. 17. §. 1. D. h. t. — si ego — defendere nolui, tibi defensio permittenda est — l. 21. pr. eod. — etiam absentes defendi posse placuit — cf. §. 4. eod. l. 22. §. 3. l. 24. in. fin. l. 28. l. 29. l. 30. l. 32. l. 33. l. 34. l. 39. §. 2 eod.

50) S. diese Blätter Nro. 2. S. 11.

Digitized by Google

actiones adjectitiae qualitatis[51]). Wir müssen nun freilich anmerken, daß überall hier noch keine förmliche Correalobligationen da sind; die Defensionspflicht ist als solche stehen geblieben, und nicht zu einer mit der ursprünglichen Schuld identischen Selbstbaftung gestaltet 51[a]); der Gang der Dinge scheint es zu wollen, daß wo wir förmliche Correalobligationen haben, ihr Grund und Gedanke zurücktritt, daß dagegen da, wo dieser vorliegt, die Form fehlt. Allein die Folgen der mit der Vertretung nothwendig gegebenen Einheit zeigen sich hier schon: namentlich auch in dem Falle wo der Sclave mehrere Herren, der Institor mehrere Principale ꝛc. hat. — Mehrere Herren neben und untereinander sind, wenn man blos auf sie sieht, allerdings nicht correi *zu einander*; ebensowenig als mehrere Bürgen[52]); allein wie die mehreren Bürgen *mit dem Schuldner* wirklich correi sind, so haften jene in Anbetracht Einer principalen Schuld *wie* correi. — Wie sehr die Erscheinungen der Correalität hier mit der Vertretung zusammenhängen, zeigt sich darin, daß in dem Augenblick, da der Herr als suo nomine haftend in Betracht kommt, die Einheit der Schuld aufhört, sowohl was das Verhältniß zwischen Herren und Sclaven, als das der mehreren Herren untereinander anlangt.

Aus Fällen, die durch *besonderes* Recht zur C. O. gemacht sind, können wir den sonstigen Grund der C. O. nicht sowohl herausziehen, vielmehr müssen wir denselben in sie hineintragen. Wir können nicht behaupten, daß jene correale Haftung mehrerer Banquiers aus dem einseitigen Geschäfte von Einem aus ihnen daraus entspringe, daß Jeder den Anderen vertreten müße; wohl aber ist diese C. O. eingeführt worden, *damit* Einer den Anderen vertrete. Eben so gewiß ist, daß durch Einheit der auf mehrere Personen vererbten obligatio servitutem *dari* nunmehr Einer des Anderen Vertreter geworden sei; ob dieß aber auch der Grund gewesen, warum hier Eine Obligatio aufgestellt wurde, und ob das Beispiel der confessoria actio angezogen[53]) — oder ob man es bei der una obligatio des Erblassers, statt sie in mehrere zu zerspalten, einfach belassen habe (l. 25 §. 10 D. fam. herc. (10, 2)), müssen wir dahingestellt sein lassen.

---

51) S. diese Blätter a. a. O.

51a) Vgl oben Anm. 24.

52) Savigny S. 278.

53) L. 4. §. 3. D. si. serv. vind. (8, 5,) — Si duorum fundus sit, qui servit, adversus unumquemque ita poterit agi. Et — quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.

Digitized by Google

In einem merkwürdigen Gegensatze zu allen übrigen Fällen befindet sich endlich der des Alternativ-Legates. Betrachten wir den der duo rei stipulandi, promittendi, so erhellt schon aus der Fassung der Stipulation Einheit des Gegenstandes und eben diese war auch bestrebt (J. 3, 27), eine Einheit der obligatio selbst darzustellen. Sehen wir aber von dieser letzteren ja doch nicht immer oder schlechthin nothwendigen Form ab, so war die Einheit der Obligation selbst nicht schon durch die Fassung der Stipulation gegeben[54]); sie lag vielmehr in der materiellen Beschaffenheit des Falles. Umgekehrt verhält es sich bei dem Legate, in dem entweder A oder B onerirt, oder honorirt war. Daß Eine Zahlung, Eine Klage, kurz Eine Schuld da sei, war hier nothwendige Folge der Fassung. Auf den ersten Blick möchte man auch glauben, daß dieser und die sonstigen Fälle der C. O. innerlich von einander verschieden seien, und daß ersterer den Namen C. O. nicht verdienen würde, wenn er ihn nicht schon hätte[55]). Sonst ist in dem Correalverhältniß ein „Füreinander"[56]); hier dagegen scheint die Mehrheit der Schuldner oder Gläubiger lediglich davon herzurühren, daß der Testator selbst noch nicht so entschiedenen Willens war, ob er den Einen oder Anderen bedenken oder belasten wolle. Indessen ist alternative Fassung der mehreren Schuldner gerade diejenige Form, welche zur Contrahirung einer C. O. durch Stipulation, oder Verträge nicht anwendbar war, hingegen in Testamenten sich vorzüglich, wo nicht ausschließlich[57]), anbot. Fügen wir bei, daß ein Testator es doch nicht leicht dem Willen des Erben oder des Honorirten anheimgibt, wer honorirt, wer onerirt sein soll, so möchte selbst hinter

---

54) — man pflegte blos „solidum" promittiren zu lassen; den Gläubiger kümmerte blos die Solidarität, nicht die Einheit der Obligation. cf. l. 11. §. 1. §. 2. D. h. t.

55) l. 9. pr. D. duob. r. (45, 2) l. 16. D. leg. II.

56) Worauf der seltenere, wohl aber ältere Name correi zu zielen scheint. Vgl. die consponsi bei Varro. l. lat. ed. Spengel, S. 246. 247. (Dazu Huschke Zeitschrift f. gesch. R. W. X. 329. Rudorff zu Puchta, Inst. III. S. 170. n. f.)

57) Sind Mehrere conjunctiv onerirt: theilweise Haftung — l. 122. §. 1. l. 16. §. 1. leg. I. ebenso wenn mit der Formel „quisquis mihi heres erit" onerirt wurde, arg. l. 104. pr. §. 5. leg. I. Wurde Jeder in solidum onerirt: ebensoviele Legate l. 53. §. 1. leg. I. Ist Mehreren „eadem res" vermacht: niemals Correalität, sondern entweder mehrere Legate in solidum, oder Theile: sei nun conjunctim oder separatim vermacht l. 33. D. leg. I. cf. l. 114. §. ult. eod.

Digitized by Google

der alternativen Fassung die Absicht verborgen sein, daß Einer für den Andern zu leisten oder zu fordern habe — was in Betreff des Regresses nicht gleichgiltig sein dürfte. In dieser Auffassung bestärkt uns denn auch die Thatsache, daß die Quellen das Testament und die alternative Fassung als eines der Mittel bezeichnen, wodurch geradeso wie durch Stipulation duo rei credendi oder debendi constituirt werden können[58]).

Hiernach möchten wir nun zuerst der Ansicht Eingang verschaffen, daß die Einheit der C. O. nichts „nicht natürliches" sei. Vielmehr hat hier Natur über Kunst Oberhand behalten. Würde Kunst oder Form überwogen haben, dann hätte man dieser ihre Consequenzen gelassen: jeder stipulatio, jedem Selbstschuldner und Selbstgläubiger seine eigene Schuld oder Forderung; auch das hätte zu keinem widersinnigen Resultate geführt, so lange man nur festhielt, daß solutio Alle und von Allen liberire. So nun aber ward inmitten der Formen nicht vergessen, daß natürlicherweise nur Eine obligatio vorliege; diese Einheit wurde in die Mehrheit der Personen nicht künstlich hineingetragen, sondern inmitten derselben als etwas Natürliches festgehalten. Das Künstliche liegt bei der C. O. nicht in der Einheit der obligatio, sondern in der Mehrheit der selbst obligirten oder berechtigten Personen. — Natürlicherweise ist Eine obligatio da, wenn auch Bürgen eintreten; natürlicherweise wären die Bürgen bloße Vertreter; aus ihrer Vertretung, und aus ihrer Pflicht zur Vertretung (Defensionspflicht) wurde künstlich eine neue obligatio neben der des Schuldners; aber die natürliche Einheit der Schuld wurde festgehalten. Bei den duo rei credendi und debendi waren zwei Schulden da — Partialobligationen; jede dieser Partialobligationen hatte aber in dem Mitgläubiger oder Mitschuldner einen Vertreter; natürlicherweise war jede Partialobligation sammt Vertreter Eine Obligation; sie blieb es, wenngleich der Vertreter künstlicherweise selbst reus wurde. Es trat hier aber noch eine Consolidirung der beiden Partialobligationen, die jeder reus, theils suo, theils alieno nomine hatte, hinzu. In den actiones adjectitiae qualitatis liegt die Natur der Sache zu Tage; in zwei Fällen (des Argentarius, und der promissio servitutem dari) ist sie nachgeahmt; in Einem (Legat) hat sie eine eigenthümliche Form erhalten. — Natürliche Einheit scheint uns demnach Grund und Prinzip der in der C.

58) S. Anm. 55 bes. l. 16. D. leg. II. — nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento fieri potest.

Digitized by Google

O. obwaltenden Einheit zu sein; Vertretung der Stoff, aus dem die künstliche Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern Einer und derselben obligatio gebildet wurde. —

Verschieden von der Einheit, wenn auch noch so enge mit ihr zusammenhängend, ist die Solidarität der obligatio. Diese beruht auf der Identität der mehreren in der C. O. begriffenen Haftungen. Wir möchten aber gerne einen kleinen Unterschied aufstellen zwischen Einheit der obligatio und Identität der Obligationen. Jene besteht in der simplen, natürlicherweise vorhandenen, Einen obligatio; diese dagegen geht aus von der künstlichen Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern und der damit nothwendig zu denkenden Mehrheit von Obligationen und stellt sich nun dar als eine Versöhnung dieser Mehrheit mit jener Einheit, indem sie sagt, sie seien „dasselbe". Es geschieht vielleicht unbewußt, aber nicht ohne Grund, daß in den Quellen der Ausdruck una und eadem obligatio s. pecunia wechselt [59]). Insofern die mehreren Haftungen identisch sind, müssen sie auch der Quantität nach identisch d. h. gleich groß sein und Ribbentrop erklärt es daher (S. 183) mit Recht für ein wesentliches Erforderniß einer C. O., daß sie sich auf jeden reus ganz und ungetheilt bezieht. Es entspringt aber die Mehrheit der Obligationen wie gesagt daraus, daß aus Vertretern rei werden; so ferne diese die ganze obligatio übernehmen, hat es denn auch einen natürlichen Grund, daß sie in solidum fordern oder schulden. Daher scheint es uns unmöglich, daß ein Bürge neben dem Schuldner jemals anders hafte, als in solidum. Freilich, er kann sich für weniger verbürgen, als den ganzen Schuldbetrag 59a); allein so weit er sich verbürgt, muß seine Schuld identisch und gleich groß sein mit der verbürgten. Zwischen dem Schuldner und Einem Bürgen ist denn auch niemals ein beneficium divisionis eingeführt worden. Wenn aber die lex furia die Haftung mehrerer Sponsoren und Fidepromissoren theilte, so war das so anzusehen, als ob Jeder sich immer blos für einen Theil der Schuld verbürge.

Aus all dem geht schließlich hervor, daß wir in dem Verhältniß „einer Ausnahme zur Regel" das „Grundverhältniß" der C. O. weder in Anbetracht ihrer Einheit, noch in Anbetracht ihrer Solidarität erblicken können. So wenig wir in der Möglichkeit der Stellvertretung,

59) Vgl. oben Anm. 3.

59a) S. z. B. l. 51. pr. D. fidej. (46, 1).

Digitized by Google

der Verbürgung, der Einkleidung des Bürgen in einen Schuldner etwas „Exceptionelles" sehen, so unmöglich wird es uns, die C. O. selbst, oder einen ihrer kriterischen Züge als Ausnahme zu denken. Daß Obligationen unter Mehreren sich theilen, mag häufiger, ja zu präsumiren sein; allein das Seltenere ist noch nichts Exceptionelles. Es ist aber dieses Verhältniß von Ausnahme zur Regel nicht ohne practische Folge geblieben. (Sav. S. 228.)

## V.

Wenden wir uns jetzt zu der am Eingang aufgeworfenen Frage zurück: Warum neben der Einheit und ihren Wirkungen jene Erscheinungen der Mehrheit? — so dürfte so viel gewiß sein, daß sie nicht das Product irgend eines Formalismus, sondern aus Erwägung der Sache selbst entsprungen sind. Dafür zeugt schon, daß sie als Ausnahmen auftreten: in der Ausnahme pflegt sich die Rücksicht auf Ort, Zeit und Umstände geltend zu machen.

Diejenigen Vorgänge, in welchen sich die Einheit der C. O. zeigt, lassen sich — vom Standpunkte des classischen Rechtes aus — so wie in l. 2. D. h. t. [60]) in petitio und Zahlung zusammenfassen. Als Zahlung kommen aber außer der solutio auch ihre Surrogate in Betracht (Acceptilatio, Novatio, Compensatio, in solutum datio, gerichtliche Deposition — Savigny §. 18.) Ob der Vergleich nur so weit hieher gehöre, als die Schuld durch ihn wirklich erfüllt wird, (Sav. a. a. O. Nro. 7.) lassen wir einstweilen dahin gestellt. Die petitio gehört aber vor allem hieher als litiscontestatio (Sav. §. 19. Nro. 8.), also mit ihrer prozessualischen Consumtion, wornach denn auch das Urtheil in seiner negativen Wirkung für und gegen Alle wirken mußte (Sav. a. a. O. Nro. 10. — Ribbentrop, S. 261.) Wichtig ist es, daß auch der Eid des Einen Schuldners allen Anderen eine exceptio verschaffte (Ribb. S. 262. Sav. a. a. O. nro. 10.); denn darin liegt ein Argument mehr, daß das Urtheil auch in seiner positiven Funktion 60a) gemeinsam wirkt, (Ribb. a. a.

60) Hier ist acceptilatio Repräsentant der Zahlung: — petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

60a) Die prozessualische Consumtion der ganzen C. O. durch res judicata pflegt man auf die Einheit der C. O. zurückzuführen (Ribbentrop a. a. O. S. 265. Keller, Litisc. und Urtheil. S. 443. fgg.) Dieß leuchtet wohl ein bei directer

Digitized by Google

O.) was heutzutage, nachdem die prozessualische Consumtion hinweggefallen ist, von practischer Bedeutung sein muß (Ribb. S. 267). Aber Savigny verfolgt diese positive Function weiter; er fragt nicht blos, ob das absolutorische Urtheil auch den übrigen correis debendi eine exceptio rei judicatae gebe, sondern auch, ob das condemnatorische Urtheil, das ein Gläubiger erwirkt, auch den übrigen correis credendi eine actio rei judicatae gebe, und ob das condemnatorische Urtheil, das ein Gläubiger gegen Einen correus debendi erwirkt, ihm auch eine actio judicati gegen die Uebrigen gebe? (§. 19. nro. 10. S. 191). Er findet hierüber keine Entscheidung in den Quellen. Sie möchte aber darin liegen, daß die übrigen correi schon durch Litiscontestation frei oder klaglos wurden. Verneint wird übrigens diese Frage von Savigny allerdings; namentlich auch in Anwendung auf den Eid, so daß er, vom Gläubiger geleistet, weder gegen die übrigen Schuldner, noch von den übrigen Gläubigern benützt werden kann. (§. 19 nro. 9. S. 187).

Aus Betrachtung all dieser im Sinne der C. O. einheitlich und gemeinsam wirkenden Vorgänge taucht nun aber die Bemerkung auf, daß sie sämmtlich Handlungen sind; weiterhin: daß sie sämmtlich Geschäfte (negotia) sind, und zwar Geschäfte über und in Anbetracht der vorliegenden C. O. Daß nun wer immer von den Gläubigern oder Schuldnern dieses Geschäft vornimmt, für Alle handle, das entspricht einerseits der natürlichen Einheit der Obligation und anderseits der Thatsache, daß unter den mehreren Gläubigern oder Schuldnern entweder die anfänglich vorhandenen Gläubiger oder Schuldner oder ihre Vertreter stecken. Wie nun aber, wenn Einer derselben anstatt zu handeln etwas erleidet, was auf Obligationen zerstörenden Einfluß übt, wie cap. deminutio und confusio? Das sind Ereignisse, in welchen, weil sie keine negotia sind,

---

Consumtion; da die Eine Obligatio nur Eine actio hatte, mußte mit letzterer ipso jure Alles consumirt sein. Allein zur exceptio rei judicatae konnte die Eigenschaft der una obligatio nicht genügen, ebensowenig als eadem res; personae waren aber mehrere und verschiedene da. Gleichwohl konnte man eine Differenz in der directen und indirecten Consumtion nicht aufkommen lassen; (vgl. Keller a. a. O. S. 123.) Nicht unmöglich ist es daß man die Consumtion in die electio legte, so daß litiscont. nur als Zeitpunkt oder Thatsache erschien, in welchem oder durch welche die Wahl vollzogen war. Vgl. l. 28. C. fidej. (8, 41) l. 52. §. 3. D. fidej. (46, 1) l. 47. D. loc. (19, 2.)

Digitized by Google

wenigstens keine Vertretung möglich ist. Vertretung begreift jene zwei Dinge in sich, aus welchen auch Savigny die C. O. ableitet: größere Bequemlichkeit und größere Sicherheit; sie ist eine Verkörperung dieser zwei Bedürfnisse. Fassen wir die Vertretung als Sicherheit, — als Bequemlichkeit kann sie hier nicht zur Sprache kommen, — so sind capitis deminutio und confusio Ereignisse, wogegen, nicht worin die Parteien Vertretung haben möchten; es liegt im Sinne der Parteien, daß die Uebrigen gerade dafür, daß ein solches Ereigniß eintritt, gut seien. Wären Ereignisse dieser Art die gewöhnlichen Aufhebungsarten der Obligation, dann würde gewiß Mehrheit der Obligationen Regel der C. O., Einheit aber Ausnahme sein. So nun aber verhält sich die Sache billigerweise umgekehrt. — Mit dieser unserer Ansicht über den Grund der Einheit und ihrer Consequenzen einerseits und ihrer Ausnahmen anderseits steht im Einklang, daß die Unterbrechung der Klagverjährung durch Einen Gläubiger oder gegen Einen Schuldner — als ein die gemeinschaftliche Obligatio betreffendes Geschäft — gemeinsam wirkt[61]), daß hingegen der Stillstand der Verjährung, welcher sich in der Person eines Unmündigen ereignet, nach Savigny's gewiß richtiger Behauptung nur für diesen eintritt (Sav. §. 19 nro. 12.), und daß ebenso die Restitution eines Minderjährigen gegen Uebernahme einer Correalschuld nur diesem zu gute kommt. (Sav. a. a. O. nro. 13).

Eine eigene Stellung scheint uns das pactum de non petendo einzunehmen. Daß dieses, selbst wenn es in rem abgeschlossen wurde, nur für oder gegen die Person des Paciscenten wirkte (mit Ausnahme der Fälle, wo dieser dabei interessirt war, daß die exceptio auch den Anderen zustehe, Sav. §. 18 nro. 6.) dürfte als ein Nothbehelf zu bezeichnen sein. Wo mehrere Schuldner oder Gläubiger sind, kann es Bedürfniß werden, den Einen oder Anderen freizulassen, oder von ihm abzukommen, gleichviel ob sie in Einer oder ob sie in mehreren Obligationen nebeneinanderstehen. Natürlich will man, wo es sich blos um Freilassung oder Ausscheidung eines Einzelnen handelt, die Forderung selbst nicht aufgeben. Es ist Sache der Jurisprudenz, diesem Wunsche oder Bedürfniß, da ihm ein Recht dazu zur Seite steht, entgegenzukommen. Aber in welcher Form? Wo den mehreren Gläubigern oder Schuldnern mehrere Ob-

61) l. 5. C. duob. r. (8, 40.)

Digitized by Google

ligationen entsprechen, da bedarf man hiezu keiner eigenen Form; Freilassung oder Rücktritt des Einzelnen fällt mit Aufhebung der betreffenden Obligation zusammen und Acceptilation konnte so zweckmäßig gebraucht werden als pactum de non petendo. Nicht so, wo Mehrere Eine Forderung oder Schuld haben; hier kann man zur Freilassung oder zum Rücktritt des Einzelnen keinen modus tollendi obligationem brauchen, wenn nicht die Obligation selbst aufhören soll. Hier zum ersten Male treten Freilassung oder Rücktritt einer Person und Aufhebung der Obligation auseinander; hier haben wir einen Gegensatz des Subjectes zum Objecte, ein Bedürfniß der Lostrennung der Person von „der Forderung selbst," das nicht aus logischer Abstraction, sondern den Rechten, Bedürfnissen und Wünschen der Parteien selbst entspringt. Aber nur hier waltet dieser Gegensatz [62]); hier, in der C. O., wo die Mehrheit der rei über der natürlichen Einheit der Obligation selber erst auf künstlichem Wege erwachsen ist. Weil er blos hier entsteht, darum hat das Recht auch keine Rechtsgeschäfte vorräthig, welche jene Lostrennung der Person von der Obligatio ordentlicherweise zu verrichten im Stande wären. Es gibt im Römischen Rechte kein Rechtsgeschäft, das die Freilassung eines Schuldners, den Rücktritt eines Gläubigers ordentlicherweise vornehmen könnte, ohne die Obligation selbst — oder was so ziemlich dasselbe sein wird — ihre Wirksamkeit aufzuheben. Die Römer haben für diesen Vorgang das sehr passende Wort „Exemtion;" allein kein dafür eigens eingerichtetes Geschäft. So wird denn das pactum de non petendo zu Hilfe genommen — nicht als ob es an sich dazu da wäre, Obligationen ihrer Subjecte zu entledigen und für sich allein forteristiren zu lassen [63]), sondern weil es nach Wortlaut und gewissen Unvollkommenheiten in Aufhebung der Obligationen 63a) noch am ehesten taugt. Die Acceptilation, als Quittirung der Forderung, hätte schlechterdings nicht getaugt.

Hier wäre denn auch noch der Ort, die Wirkung der perpetuatio obligationis durch mora oder sonstige facta auf die C. O. in Frage

62) Vgl. oben Anm. 8 a.)

63) So weit geht auch v. Scheurl nicht, der übrigens in seinem zum Theil noch unter der Presse befindlichen 3. Hefte der „Beiträge" dem pactum de n. p. den Character des Erlaßvertrages streitig macht. S. 16 fgg.

63a) l. 27. §. 2. D. pacti (2, 14) Vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 19 fgg.

Digitized by Google

zu stellen. Denn es hat etwas sehr Auffallendes, daß bei duo rei promittendi die mora nur demjenigen, der sie verschuldet, perpetuiren soll; ein sonstiges factum dagegen Allen [64]). Damit, daß die mora etwas mehr Persönliches sei, als andern facta, scheint nicht geholfen [65]) werden zu können; bekanntlich wird die mora nicht minder als factum gedacht, denn das occidere und dgl. [66]) — oder sollte man den Unterschied daraus ableiten wollen, daß derjenige, welcher den Schuldgegenstand vernichtet, mit der Sache selbst zusammenstößt? Leider hat Savigny diesen Punkt nicht behandelt; uns selbst ist er unauflöslich [67]).

## VI.

Mit Obigem könnten wir unsere Fragen in Betreff der C. O. abschließen, wenn sie selbst nicht noch unter Justinian von wichtigen Neuerungen betroffen, dann auch eine und die andere Frage noch im Interesse unseres heutigen Rechtes nothwendig geworden wäre. Wir wollen jene Neuerungen und diese Fragen punktweise, wo möglich im Anschlusse an Savigny, (§. 23. §. 27), aber doch in selbstbeliebter Ordnung vorbringen.

1) „Justinian erließ ein besonderes Gesetz, — daß die Klage gegen „einen Schuldner niemals hindern dürfe, späterhin gegen den Bürgen, „oder auch gegen jeden anderen reus promittendi, dieselbe Klage anzustellen, indem nur die wirkliche Befriedigung das Recht des Gläubigers aufheben sollte [68]). (Sav. §. 19 S. 182 oben)."

Hätten wir nichts als diese aus ihrem Zusammenhange herausge-

64) L. 18 D. h. t. l. 173 D. r. j. hiezu Ribbentrop S. 28 fgg. l. 32 §. 5. D. usur. (22. 1).

65) Ribbentrop a. a. O. Puchta, Vorl. §. 235.

66) Z. B. l. 58 §. 1 D. fidej. Cum facto suo reus — obligationem perpetuat — veluti si moram fecit in Sticho solvendo — cf. l. 24 §. 1 D. usur. (22, 1) l. 32 §. 5 eod.

67) Man wird leicht geneigt zu glauben, daß Pomponius l. 18 D. h. t. „Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet" auch die mora gemeint habe (s. die vorige Anmerkung). Allein immer bliebe die Frage nach dem Warum der entgegengesetzten Observanz (l. 173 D. r. j.)

68) L. 28 C. fidej. (8, 41).



Digitized by Google

riſſenen Worte, ſo müßte man annehmen, daß der Gläubiger auch im Falle eines absolutoriſchen Urtheiles Recht und Klage wider die Uebrigen behalte. Allein aus dem Zuſammenhange erhellt, daß dies nur für den Fall des condemnatoriſchen Urtheils gelte. Ehedem konnte ſchon nach der Litisconteſtation wider die Uebrigen nicht mehr geklagt werden; war derjenige, den der Gläubiger unglücklicherweiſe gewählt hatte, inſolvent, ſo half die erwirkte Condemnation nichts; dieſem Mißſtande wurde durch l. 28 cit. vorgebeugt, während ſonſt beſondere Verträge dazu nöthig waren. (Sav. S. 181). Wir glauben, daß das Geſetz ſelbſt dieſes ſagen wollte, und es ſcheint auch kaum Jemand daran zu zweifeln. Uebrigens ging dieſes Geſetz in der Antiquirung der prozeſſualiſchen Conſumtion überhaupt auf[69]). Jetzt ward das alte Recht der C. O. ſtärker angegriffen. Daß der Gläubiger nach der Litisc. mit dem Einen correus deb. auch vor einem Urtheil ſich gegen einen Andern wenden konnte, folgte, wenigſtens in dem Falle der Inſolvenz des angegriffenen Schuldners, aus l. 28 cit. Jetzt aber konnte und kann auch der Schuldner, der von Einem der mehreren correi credendi verklagt worden, noch nach der Litisconteſtation von einem anderen Gläubiger verklagt werden. Wie wenn er dem Erſteren bereits condemnirt worden? Auch das kann nicht hindern; erſt die Zahlung an Einen ſchließt Alle aus. Wie wenn der gemeinſame Schuldner von dem zweiten Gläubiger belangt würde, nachdem er mit dem erſteren litem conteſtirt? Mir dünkt, daß occupantis conditio melior wäre: d. h. die Lage desjenigen Gläubigers, der zuerſt zur Zahlung käme[70]). — Eigener Hervorhebung iſt aber noch die ſchon früher erwähnte Behauptung Savigny's werth, daß die durch einen Gläubiger erwirkte Condemnation dem ſpäter klagenden nichts hilft — daß letzterer alſo nicht mit der Exekution, ſondern von vorne anfangen muß. — Mit all dem wird übrigens, wie gleichfalls ſchon früher angedeutet wurde, das abſolutoriſche Urtheil nicht berührt; dieſes wirkt nach wie vor wider und gegen Alle, und auch darin, daß dieß in Anbetracht der Litisconteſtation und des condemnatoriſchen Urtheils nicht der Fall iſt, erſcheint nur die prozeſſualiſche Conſumtion, nicht die Einheit der C. O. gebrochen.

2) Einzig und allein gegen die C. O. — gegen die paſſive näm-

69) Sav. S. 182.

70) Vgl. l. 14 pr. D. nox. act. (9, 4).

Digitized by Google

lich — geht nach der gemeinen Meinung die so viel verhandelte Nov. 99[71]). Ohne ausdrückliche Verabredung des solidum soll (bei vertragsmäßiger Begründung) keine C. O. entstehen können; aber auch wenn eine C. O. entstanden ist, zunächst Theilung der Schuld, und nur im Falle der Insolvenz des Einen solidarische Haftung des Anderen eintreten. Nach dieser Meinung ist also das beneficium divisionis auf Correalschuldner übertragen worden. Ribbentrop, Puchta, Göschen, Schröter, Arndts, Seuffert u. a. halten sie fest[72]). Keinen geringen Stoß scheint dieselbe nun aber dadurch erleiden zu sollen, daß Savigny sich gegen sie erklärt. Er tritt jener anderen Meinung bei, wornach die Neuerung der Novelle nicht Correalschuldner an und für sich, sondern nur Correalschuldner trifft, welche sich zugleich wechselseitig für einander verbürgen. Diese sollen denn auch nicht das beneficium divisionis, sondern etwas einem beneficium excussionis Aehnliches erhalten, indem der Gläubiger zwar gegen Jeden in solidum klagen, der Richter aber Alle — freilich nur wenn sie an demselben Orte anwesend sind — zur Theilnahme an Defension und Zahlung accitiren soll. Da es „uralte Regel" des Römischen Rechtes sei, daß Zweie, die sich nicht als Correalschuldner, sondern pro parte obligiren, und nun wechselseitig für einander bürgen — pro parte haften (S. 283. not. l.), dieß aber im ersten Theil der Novelle ausgesprochen sei (S. 283 erster Absatz, oben), so sieht man wohl, daß nach Savigny die ganze Neuerung der Novelle in deren zweitem Theile beruht und blos hinaus geht: auf Leute geht, welche Correalschuldner, zugleich Bürgen, und beisammen sind.

Wir wollen nun nicht die ganze Controverse wiederaufnehmen, sondern die gemeine Meinung blos gegen diese Ansicht zu decken suchen. Es will uns nämlich nicht einleuchten[73]), was die Verbindung von Bürgschaft und Correalität sein und bedeuten soll. Wir können uns wohl vorstellen, daß ein Gläubiger in der Ueberschwänglichkeit seines Begehrens

71) Vgl. über die Literatur nun auch noch Ad. Dedekind, de exc. divisionis. Gotting. 1853. §. 78 sqq. G. A. A. Grotefend de exc. div. Gotting 1852. S. 53. fgg.

72) Vgl. Arndts Pand. §. 215. Vangerow, a. a. O. §. 573. Anm. 4.

73) Auch Vangerow §. 573. Anm. 4. nro. 2. nennt das Resultat einer solchen Combination ein „wunderliches." Savigny selbst (S. 286.) bemerkt, daß ein solches Rechtsgeschäft „verwickelt" sei, und sehr selten vorkommen werde.



Digitized by Google

nach Sicherheit seine Correalschuldner auch noch als Bürgen versprechen läßt, allein, was es ihm nützen soll und inwiefern ihm ein Jurist rathen könnte, dies zu thun, sehen wir nicht ein. Denken wir die Zeit vor der Novelle — aus dieser müßte die Novelle ihren angeblichen Gegenstand geschöpft haben — so scheint es ein einziger Punkt zu sein, der den Bürgen wünschenswerther machen konnte, als den Correalschuldner: die Mora. Der Bürge stund für die Mora des C. Schuldners ein, der correus nicht für die des Mitschuldners. Allein mit diesem Vortheil hätte der Gläubiger auch die Nachtheile haben müssen (beneficium divisionis, excussionis). Daß in dem Verhältniß der C. Schuldner unter einander zufolge der Verbürgung Aenderungen möglich werden, wollen wir nicht läugnen[74]), aber deswegen wird sie doch nicht der Gläubiger zu Bürgen machen! um so weniger, als er auch durch diese Aenderungen, — wie durch das Recht des Bürgen, mit der Forderung des Anderen zu compensiren — nur Schaden leidet. Wo wir hinsehen, zeigt sich nichts, was den Gläubiger zu demjenigen Geschäfte bewegen könnte, auf welches alle Neuerung der Nov. 99 gerichtet sein soll! Wir glauben aber, daß das Begehren nach Bürgschaft vom Gläubiger ausgeht.

So sind wir denn aber auch doppelt verwundert, daß diese Selbstschuldnerbürgschaft nicht erst von Justinian, sondern schon von Papinian behandelt worden sei. „Es ist — genau derselbe Fall, wie in der oben „mitgetheilten Stelle des Papinian: Mehrere Correalschuldner, und da„neben wechselseitige Verbürgung derselben. Bei dem fortwährenden gro„ßen Ansehen, worin sich der Name dieses Juristen stets erhielt, zweifle „ich nicht, daß der Verfasser der Novelle auf diese Stelle unmittelbar „Rücksicht genommen haben werde." (Sav. S. 283 not. m.) Und wirklich schlägt Papinian in der gemeinten l. 11 pr. d. duob. reis (45, 2) gleich am Eingang alle unsere Zweifel nieder: Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit —. Wir sehen, auch Papinian geht von der Vorstellung aus, daß es der Gläubiger sei,

74) Cujacius zählt das Recht der Bürgen mit der Gegenforderung des Schuldners zu compensiren, dann die actio mandati, Savigny noch das benef. excussionis auf. (S. 269. lit. b.) Die actio mandati ist aber hier nicht nothwendig, dort nicht unmöglich — bei der Ausdehnung, in der Savigny den Regreß unter Correalschuldnern zuläßt, gleichgültig. Die Nov. 99. leistet den Correalschuldnern (nach der gewöhnlichen Auslegung dieselben Dienste, wie das benef. exc. den Bürgen.

Digitized by Google

deſſen Nutzen in Frage komme (non] inutiliter accipi), und in vollem Gegenſatze zu unſerer Meinung behauptet er, daß ein ſolcher Nutzen da ſei. Allein aufgeklärt ſind wir darum doch nicht. Denn in dem folgenden Theile der Stelle iſt nichts, was dieſen Nutzen darſtellte; daß der Gläubiger nicht zu theilen brauche iſt aller daſelbſt erwähnte Vortheil, und dieſen hat der Gläubiger ſchon den bloßen duobus reis debendi gegenüber zu Papinians Zeit ganz gewiß. So macht uns Papinian vielmehr neue Schwierigkeit. Mit Cujacius, auf deſſen „gute Erklärung" der Verfaſſer an einem anderen Orte verweiſt (S. 268. not. a.), können wir uns nicht begnügen; denn dieſer will einzig und allein zeigen, daß die mutua fidejussio den Schuldnern untereinander nütze, weshalb er denn auch zu dem Schluſſe kommt: „Intelligimus satis, non inutiliter reos promittendi vice mutua fidejubere" [75]) — anſtatt uns zu belehren: non inutiliter accipi.

Indeſſen haben wir das beſte Vertrauen doch auf Papinian ſelbſt, und wollen nun einmal die Stelle ganz anſehen, und zwar in dem auch von Savigny (S. 268) aufgenommenen Texte der Florentina:

> Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero extitit, in partes convenire: non secus, ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.

Sind denn die Rei promittendi am Eingang der Stelle, und die duo promittendi rei am Ende der Stelle dieſelben Leute? Irgend eine demonſtrative Beziehung dieſes Ausgangs zum Eingang liegt nicht vor; der Wortlaut iſt ſo, als ob jetzt von etwas Neuem, von andern reis die Rede ſei; dazu kommt, daß jetzt auf einmal duo rei ſtehen, während dort blos rei; und ſelbſt der Umſtand, daß jetzt „promittendi" von „duo" und „rei" in die Mitte genommen wird, darf hervorgehoben werden, wo wir mit weniger Augenfälligem verkehren. Fügen wir bei, daß Papinian ſelbſt gleich in den zwei nächſtfolgenden Paragraphen [76a])

---

75) Comm. ad. Pap. resp. ad. h. l. Opp. posth. Francf. a. 1595.

76a) §. 1. Cum tabulis esset comprehensum, „illum et illum Caureos stipulatos," neque adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati

Digitized by Google

ſyſtematiſch davon handelt, daß rei promittendi und rei stipulandi noch nicht ſofort correi ſind, und daß er letztere im Gegenſatz zu erſteren duo rei promittendi, stipulandi nennt — ſo dürfte das Räthſel gelöſt ſein. Papinian kennt Correalſchuldner, die dritte Perſonen als Bürgen ſtellen[76b]); er kennt rei promittendi, welche als ſolche blos pro parte haften, dadurch aber, daß Jeder zugleich als Bürge für des Andern Theil eintritt, für das Ganze verbindlich[77a]) und darum dem Gläubiger nicht inutiles ſind; aber Correalſchuldner, welche ſich nebſtdem, daß ſie correi ſind, auch noch wechſelſeitig als Bürgen beſtellen, kennt Papinian nicht — die Nov. 99 gewiß ebenſowenig.

3) Nachdem der gemeinen Meinung zufolge das beneficium divisionis auch zwiſchen Correalſchuldnern eingeführt iſt, und zwar mit derſelben Beſchränkung auf den Fall der Zahlungsfähigkeit, ſo fragt ſich, ob es noch praktiſch erheblich ſei, daß mehrere an ſich pro parte haftende Schuldner, ſtatt als wechſelſeitige Bürgen, als correi eintreten. Vor allem macht es noch Unterſchied, daß der Bürge blos acceſſoriſch (z. B. in dem Falle von l. 6 pr. D. h. t.) Sofort möchte man hervorheben, daß die mehreren Schuldner als Bürgen des benef. excussionis, als correi des benef. divisionis ſich zur Abwehr ſolidariſcher Haftung bedienen müſſen. Allein das iſt doch nur äuſſerlicher Unterſchied[77b]); wichtiger dagegen, daß die durch das benef. divisionis erzielte Theilhaftung des Correalſchuldners an Umfang ver-

videbantur. §. 2 Et e contrario cum ita cautum videretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus; spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius," partes viriles deberi: quia non fuerit adjectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

76b) L. 51 §. 2 D. fidej. (46, 1)

77a) Daß Jeder blos pro parte hafte, (Sav. S. 283. not. l. vgl. oben S. 35.) ſchiene uns eine neue Regel zu ſein, keine uralte. Erſt in Folge des beneficium excussionis (Nov. 4.) kames hier zu dem bedingten Rechte, an dem urſprünglichen Schuldtheile feſtzuhalten. Im Uebrigen will Papinian aufmerkſam machen, wie man hier gegen dieſelbe Perſon, ſtatt einmal in solidum, mehreremal pro parte, einmal als principalis reus, dann als Bürgen klagen könne. Noch verdient in's Auge gefaßt zu werden, daß Papinian von reis promittendi ausgeht. Wären die rei z. B. zwei Käufer geweſen, dann hätte im Formularprozeß trotz Solidarität der Haftung doch die Klage getheilt d. h. es hätte mit verſchiedenen Klagen der Kauf- und der Bürgſchafts-Theil eingeklagt werden müſſen.

77b) Eben deshalb kann die Nov. 99. auch nach der gewöhnlichen Auslegung als Fortſetzung der Nov. 4. gelten. Was dort das benef. excussionis, iſt hier das benef. divisionis. S. dagegen Sav. S. 282 oben.

Digitized by Google

ſchieden ſein kann von derjenigen, die er als Bürge vermittelſt des benef. excussionis erzielte. Bei Theilung der Correalſchuld werden ſchlechthin gleiche Theile; es iſt davon, daß jeder das Ganze ſchuldet, auszugehen, und auf den Umfang ſeines materiellen Antheils am Contracte, keine Rückſicht zu nehmen. Wo dagegen die Schuldner ſich nicht ſolidariſch verpflichten, wird Gleichheit der Theile zwar präſumirt, aber eine Verſchiedenheit der Theile könnte ebenſowohl bedungen ſein, als Solidarität. Hier müßte das beneficium excussionis zu anderem Reſultate führen, als dort das benef. divisionis. — Nebſtdem kann auch noch das Verhältniß der Bürgen untereinander von dem der correi abweichen[78]), und namentlich übernimmt der Bürge auch die Haftung für die mora des Schuldners.

4) In welcher Form werden Correalobligationen bei uns eingegangen? Savigny hat dieſe Frage nicht behandelt (vgl. §. 27), ſo ſehr er ſonſt in Berückſichtigung heutiger Bedürfniſſe Muſter und Beiſpiel iſt. Was nun aber zunächſt die vertragsmäßige C. O. anlangt, wie ſteht es, wenn Zwei, die von einer „Correalobligation" nichts wiſſen, alſo auch nicht ſagen können, daß ſie ſich „correaliter" verpflichten wollen, etwa nur zu erkennen geben, daß Jeder die ganze Schuld auf ſich nehmen wolle: iſt hier ein correales, nicht etwa ein blos ſolidariſches Schuldverhältniß begründet? Es iſt unmöglich, daß hier etwas anderes, als eine Correalſchuld entſteht, da Jeder des Anderen, ſomit nothwendig Eine und dieſelbe Schuld contrahirt, wie der Andere (ſ. Abſchn. IV.). So kann auch den Römern der Zuſatz „in solidum"[79]) genügen. — Mit Ribbentrop (S. 179) dürfen wir die Abſicht, eine C. O. zu begründen, auch dann annehmen, wenn „Einer für Alle, Alle für Einen" contrahiren zu wollen erklären. Aber dieſer Ausdruck ſpricht etwas aus, was derjenige, welcher ſich für „das Ganze" verpflichtet, nicht ſagt: daß nämlich Einer für den Anderen ſein wolle. Dem Effecte nach iſt in der C. O. immer Einer für den Anderen; aber dem Willen nach nicht immer (vergl. oben Anm. 46. und S. 23.); wir halten aber dafür, daß ebenſo wie Stellvertretung[80]) auch Interceſſion ohne den animus dazu nicht vorhanden ſei: ja bezüglich der Interceſſion iſt dieſes gewiß

78) Vgl. Anm. 74. und unten S. 41. nr. 7.
79) Vgl. Anm. 76. a. E. l. 9. pr. D. h. t. a. A.
80) Vgl. dieſe Blätter, Nro. 2. S. 4.

Digitized by Google

(Anm. 46). Dieſen animus der Interceſſion ſpricht nun unſer „Einer für Alle und Alle für Einen," wie wir glauben aus. Das wäre nicht unwichtig, wenn z B. eine Frauensperſon Correalſchuldnerin würde, oder für den Regreß etwas darauf ankäme, ob der Correalſchuldner zugleich Intercedent war, oder nicht. Damit ſei nun nicht geſagt, daß wo einer ſich „für das Ganze" obligirt, keine Interceſſion ſei: nur ausgeſprochen iſt ſie nicht; ſie müßte aus anderen Umſtänden erhoben werden können[81]). — Ueber den Ausdruck „Selbſtſchuldner" und ſeine verſchiedenen Auslegungen handelt ausführlich Girtanner a. a. O. S. 315 und fgg. Ihn pflegt zu gebrauchen, wer, ohne ſelbſt zu kaufen, Darleben zu empfangen ꝛc. ꝛc. ſich dennoch als Schuldner mit aufnehmen laſſen will. Man ſtreitet, ob die Form, wornach er Schuldner — oder ob die Sache, wornach er bloß Bürge iſt, vorgehen, ob er correus debendi oder Bürge ſein will und ſoll. Girtanner iſt für ein tertium aliquod: der Selbſtſchuldner ſei nicht blos Bürge, ſondern Hauptſchuldner, aber gleichwohl acceſſoriſcher Schuldner, indem auch dem Ausdrucke nach die Beziehung auf eine fremde Schuld vorliege. Daraus werden denn Conſequenzen auf die Art ſeiner Haftung gezogen. Uns dünkt eine „acceſſoriſche Hauptſchuld" unſtatthaft. Aus der Interceſſion folgt der Begriff des Acceſſoriums, wie ſich in l. 17 §. 2 D. ad SC. Vell. (16, 1.) zeigt, noch nicht. Aber allerdings möchten auch wir annehmen, daß wer mehr als Bürge und ſelbſt der Schuldner ſein will, es auch ſein ſoll, ganz und, ſo weit es Nov. 99. noch zuläßt, ungetheilt. —

5) Mit welcherlei Geſchäft kann heutzutage ein correus debendi freigelaſſen werden, oder ein correus credendi ſein Recht aufgeben, ohne die Forderung aufzuheben? Bei der Freiheit, mit welcher wir alle möglichen Verträge beliebig bilden können, muß es leicht werden, einen Vertrag aufzuſtellen, der keinen anderen Zweck hat, als gerade den der beabſichtigten Freilaſſung, oder des beabſichtigten Rücktritts.

6) Nicht ſo ſchlechthin einleuchtend iſt uns die Behauptung Savignys, daß der Vergleich nur in ſoweit für und gegen Alle wirkt, als er eine Erfüllung der Schuld mit ſich bringt, im Uebrigen aber wie das pactum d. n. p. (ſ. nro. 4) behandelt werden ſoll. (§. 28. nro. 7). Allerdings

81) Bei unſerer Gleichgiltigkeit für unſere Termini iſt jene Formel („Einer für Alle") zwar nicht zu der beſagten terminologiſchen Bedeutung gelangt, gewiß aber befähigt, ſie zu erlangen.

Digitized by Google

„kann man ihn als ein zusammengesetztes Geschäft betrachten, bestehend aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß.“ Allein auch als Urtheil kommt der Vergleich in Betracht, als Entscheidung einer res dubia, einer lis incerta, neque finita. Fast dünkt uns diese Eigenschaft überwiegend; könnte ja doch ein Vergleich geschlossen, und noch nichts erfüllt sein. Als Urtheil gedacht muß der Vergleich wie res judicata in positiver Funktion Alle binden.

7) Mit Bewunderung sind wir dem Verfasser im Aufbau der Theorie des Regresses gefolgt (§. 23. §. 24). Wir würden ihm folgen müssen, wenn uns der Zwiespalt mit ihm in Auffassung der C. O. selbst nicht bis zu dieser Frage herab verfolgte. Daß die C. O. etwas Exceptionelles, etwas Nichtnatürliches sei, macht ihn geneigt, dem Regresse überall, nachdem die Aufgabe der C. O. gelöst, ihre Strenge durchgeführt ist, wie zur Begütigung Eingang zu verschaffen. Kann es ja jetzt ohne Gefährdung der C. O. und ihres Wesens geschehen! (S. 228.) Dazu kommt, daß der Verfasser die bloß solidarischen Schuldverhältnisse als zwar unächte Fälle der C. O. aber doch als Correalschulden bezeichnet, und aus dem mehrfach sehr ausgedehnten Regreßrechte in diesen unächten Fällen auf die C. O. selber Schlüsse zieht (S. 252. oben). Weil wir uns einerseits über das Verhältniß der solidarischen Obligation zur C. O. noch nicht ganz klar zu sein trauen, jenes Grundverhältniß der Ausnahme zur Regel aber widersprechen mußten, können wir uns den Sätzen des Verfassers doch noch nicht unbedingt hingeben. Mehr hievon aber demnächst bei einer anderen Gelegenheit.

Digitized by Google

## Solidarisches Schuldverhältniß.

### VII.

Um die C. O. selbst schärfer zu begreifen, pflegt man einen Blick auf die blos solidarischen Schuldverhältnisse zu werfen. Hier wie dort, sagt man, ist eine Mehrheit von Schuldnern — freilich hier nur von Schuldnern; hier wie dort derselbe Gegenstand schuldig; hier wie dort Alle frei, wenn Einer leistet; aber hier — Dank den Verdiensten Ribbentrops — so viele Obligationen als Schuldner. Das alles läßt sich leidlich merken; nichts destoweniger wird es in dem Kopfe des Schülers, vor lauter Dogma, finster; man mag mit ihm in die einzelnen Fälle niedersteigen: wenngleich in diesen Analysen von Ribbentrop das Schwierigste überwunden und das Beßte geleistet ist, es will doch immer noch an etwas fehlen, das Alles, und insbesondere den Gegensatz zur C. O. in's rechte Licht setzt. Savigny bezeichnet, wie schon mehrmals bemerkt, die solidarischen Schuldverhältnisse als unächte Correalobligationen (S. 139. lit. c. §. 20 §. 21), und liefert uns eine ergiebige Darstellung der einzelnen Fälle; ihren Begriff gibt er in der herkömmlichen Weise. Wir wollen wiederum zuerst die einzelnen Fälle prüfen, und dann den Begriff beherzigen.

Savigny zählt als einzelne Fälle, oder Classen derselben, auf:

A) Die Obligation aus Delicten, soweit sie auf Entschädigung geht;

B) manche Obligationen aus gemeinschaftlichen Verträgen ohne Correalverhältniß;

C) die solidarische Verpflichtung mehrerer Vormünder unter gewissen Voraussetzungen; — so wie mehrerer von einander unabhängiger Mandatoren:

D) die sg. actiones adjectitiae qualitatis.

Zuvörderst nun müssen wir die Schuldverhältnisse

ad D) aus dem Kreise dieser Obligationen ausweisen[82]). Der Verfasser selbst hat sie nicht sowohl als solche betrachtet, als mit diesen unter der weiteren Rubrik unächter C. Obligationen zusammengestellt.

Was die übrigen Fälle anlangt, so ist es

ad C) gewiß, daß mehrere Mandatoren aus einem Creditauftrag in

---

82) s. oben Anm. 23.

Digitized by Google

solidum und jeder aus eigener Obligation haften[83]). Aber Savigny schränkt das auf mehrere „von einander unabhängige" Mandatoren ein. Sind das solche, die nicht gemeinschaftlich Auftrag geben? Aus l. 59. §. 3 d. mand. (17, 1)[84]) folgt mit großer Gewißheit das Gegentheil, weswegen Ribbentrop (S. 90. Anm. l.) sich mit Recht so ausdrückt: „Mehrere Mandatoren aus dem gemeinschafflich ertheilten mandatum „qualif. haften — in solidum." Oder ist Savigny's Gedanke der von Puchta[85]), wornach die mehreren Mandanten nur dann in solidum haften, wenn „Jeder das ganze Geschäft aufgetragen hat?" Kaum; das würde weder zu Savigny's Worten passen, noch scheint uns der Gedanke selbst stichhaltig. Der Auftrag zu einem Geschäft ist untheilbar: es läßt sich nicht denken, daß Mehrere pro parte Auftrag geben[86]). Oder cessirt die Solidarität der Haftung, wenn die Mandatoren socii sind? Wir wüßten wenigstens keinen Beleg dafür. So glauben wir Solidarität der Haftung ohne die gedachte Einschränkuug Savigny's annehmen zu müssen. — Ferner darf beigefügt werden, daß was von mehreren mandatores pecuniae credendae, auch von anderen Mandanten gelten muß[87]).

Daß mehrere Mitvormünder nur solidarisch haften, von Ribbentrop (§. 9 §. 10.) ins Klare gestellt, zuerst von Francke[88]) gebührend anerkannt, ist nun nach so vielen Andern auch von Savigny anerkannt; anerkannt auch, daß sie nur unter der Voraussetzung eigener Verschuldung[89]) mithaften, daß also tutela indivisa vorausgesetzt wird, und eine primäre (nicht blos subsidiäre) solidarische Haftung nur dann eintritt, wenn Alle gehandelt, oder zu thun unterlas-

83) L. 52. §. 3. D. fidej. (46, 1) vgl. l. 21. D. mand. (17, 1).

84) Paulus resp.: unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato; post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere. Gemeinschaftliche condemnatio und gemeinschaftliches Mandat stehen sich hier gegenüber.

85) Pand. §. 233.

86) Vielleicht dachte Puchta an den Fall, wo A, der dem B 1000 fl. leihen möchte, von C zu 500 fl., von D zu den andern 500 fl. ermächtigt wird. Allein hier dürften nicht zwei halbe, sondern zwei verschiedene Mandate sein.

87) Vergl. Glück Erläut. §. 956. S. 317. Arndts Pand. §. 292.

88) Schunck Jahrb. 1833 XXI. Band. 1tes Heft S. 6 unten.

89) Dies scheint uns nicht überall genug betont — z. B. Puchta §. 233. not. e.

Digitized by Google

sen haben, was zu thun Allen gleichmäßig oblag (Ribb. §. 9 S. 45. S. 77. Sav. S. 207. not. l.) — Ohne Bedenken können wir diesem Fall den der Haftung magistratischer Collegen an die Seite stellen. (Ribb. S. 75 fgg.)[90]. — Nicht minder fest steht aber

ad B) daß manche Obligationen aus gemeinschaftlichen Verträgen solidarisch sind. Aber aus welchen gemeinschaftlichen Verträgen? und was für Obligationen? In ersterer Beziehung führt der Verfasser Depositum, Commodat, Miethe auf. Was aber die Art der Obligation anlangt, so charakterisirt er sie zuerst allgemein (S. 204): „wenn die einzuklagende „Obligation nicht auf dem bloßen Vertrag an sich beruht, sondern auf einem hinzutretenden Thun, oder Unterlassen des Schuldners" — und geht dann auf ihr Wesen in besonderem Bezug auf die drei gedachten Contracte ein; sie entspringt: beim Depositum aus „einer bei Gelegenheit des Vertrags zugefügten Rechtsverletzung," welche „völlig die Natur eines Delicts haben könne" (S. 205); ebenso bei Commodat und Miethe, nur daß hier auch die Versäumung der nöthigen diligentia jene Wirkung haben könne. Auch hier haftet nur mit, wer mitgehandelt, oder mitversäumt hat. Dürfen wir das Ergebniß der ganzen Darstellung noch kürzer zusammenfassen, so entspringen aus Depositum, Commodat und Miethe solidarische Obligationen, sofern die mehreren Depositare ꝛc. ꝛc. eine mit der actio depositi etc. etc. klagbare Rechtsverletzung gemeinschaftlich begangen haben. — All das scheint uns über jeden Zweifel erhaben; die Worte der l. 5 §. 15 D. commod. (13, 6) „— et dolum et cul„pam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere [91]—" drücken den Stempel auf, und es ist also wohl nicht richtig, wenn Lehrbücher wie die von Puchta, Vangerow, Arndts[92]) sich so ausdrücken, als ob der Vertrag an sich, oder etwa die Identität des Gegenstandes die Solidarität mit sich führe. Eine Frage aber bleibt übrig: Sind es nur jene drei Contracte, aus welchen solidarische Haftung in der gedachten Weise entspringt, oder auch noch andere? Wenn z. B. mehrere Verkäufer die gemeinschaftlich verkaufte Sache gemeinschaftlich verderben, haften sie nicht auch in solidum? Wir müssen dahingestellt sein lassen, ob

90) vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 2. S. 75. nro. 3.

91) Vgl. übrigens Ribbentrop S. 121 fgg.

92) Puchta, P. §. 233. Vangerow, a. a. O. Anm. 2. nro. 4. S. 75. Arndts §. 214. not. c.

Digitized by Google

Savigny jene Fälle nur beispielsweise, oder ausschließlich aufgeführt hat; Ribbentrop spricht sich an mehreren Orten hierüber aus[93]; er verlangt, daß ein „auf das restituere empfangener species gerichteter Contract" vorliege. Indessen sind wir über den Grund dieses Erfordernisses durch R. nicht völlig klar geworden, so wie darüber, daß das restituere die Grenze bilde, nicht völlig gewiß[94]). — Was endlich

ad A) die solidarische Verpflichtung Mehrerer zum Schadensersatz aus gemeinschaftlichen Delicten anlangt, so steht dieser Fall zu sicher, als daß wir bei ihm verweilen möchten. Ohnehin wartet unser eine schwierigere Aufgabe.

Wir haben nämlich oben (Abschn. III. Anm. 20.) gesehen, wie Savigny die Passivschulden mit untheilbarem Gegenstande sämmtlich zu den C. O. zählt. Weil uns aber selbst für den Fall, daß diese Untheilbarkeit Solidarität der Haftung mit sich brächte, das Dasein von C. Obligationen unerwiesen schien, ließen wir die Solidarität der Haftung vorläufig dahingestellt. Jetzt aber fragt es sich, ob Passivschulden mit untheilbarem Gegenstande nicht wenigstens solidarische Schuldverhältnisse seien. Sind sie es, so werden wir die Beweise bei Savigny finden; denn daß sie C. Obligationen seien, beweist er daraus, daß sie solidarische Haftungen sind[95]). Diese Beweise verlangen genaue Prüfung; denn Ribbentrop (§. 21 — 24), lange vor ihm Donellus, zwischen ihnen die Meisten[96]) und seitdem wieder so Manche[97]), sind der Meinung, daß abgesehen von der obligatio dandi (servitutem) die Obligation, so fern es zur Leistung des Interesse kommt, sich theile. Das widerspricht Savigny.

Nachdem er den Gegenstand der Oblgatio selbst in ein dare, facere, und non facere geschieden, und dargelegt hat, daß das dare nur als Be-

---

93) S. besonders S. 229. vergl. S. 129. Anm. 11 u. S. 135.

94) S. z. B. l. 60 §. 2 D. mand. (17, 1.)

95) Hieron handelt Savigny ausführlich erst unter dem „Gegenstand" der O., unter dem Titel der theilbaren und untheilbaren Obligationen §. 32—36. s. bes. S. 367.

96) Vergl. Sar. S. 360. not. l.

97) de Scheurl. Commentat. ad ll. 2. 3. 4. 72. 85. D. V. O. 1835. Bangerow a. a. O. §. 566. Anm. 2. I. 2. S. 10. f. dag. Puchta, P. §. 222. Arndts P. §. 204.

Digitized by Google

ſtellung von Servituten (Prädialſervituten und Uſus), auch das facere nicht ſchlechthin, das non facere aber auch nur als Unterlaſſung von untheilbaren Handlungen untheilbar iſt (§. 32), folgt im weiteren Verlaufe der Darſtellung (§. 34) zuerſt der Beweis für die Solidarität der paſſiven obligatio dandi auf Errichtung einer Prädialſervitut. Hiegegen läßt ſich nichts erinnern. Dieſer ſolidariſchen obligatio dandi wird aber die auf ein untheilbares facere in l. 72 pr. d. v. o. (45, 1) mit einem „idem puto“ an die Seite geſtellt; das „in solidum teneri“ in l. 85 §. 2 D. v. o. l. 11 §. 23 D. leg. III. l. 80 d. ad leg. Falc. (35, 2) gibt unleugbar feſten Anhalt, und das Bedenken, welches aus der ſonſt ſo offen widerſtrebenden l. 49 §. 4 D. leg. II. entſpringen müßte, wird durch die Bemerkung des Verfaſſers, daß es ſich hier blos um Präſtation unter den Miterben, nicht um Präſtation an den Gläubiger handelt, in den Hintergrund gedrängt. So nimmt man es denn auch minder genau, wenn die Beweisführung für die Solidarität aus untheilbarer Unterlaſſung nicht ſtreng iſt (S. 366. not. m.)[97]. Allein nun ſind noch Tubero und Celſus da; ſie meinten, die Stipulationen auf ein facere würden si non fuerit factum, zur Geldſchuld, und folgerten, daß von nun an die Obligation getheilt ſei[98]. Daß dieſes auch Ulpians Meinung und Juſtinianeiſches Recht ſei, iſt eben herrſchende Meinung und — ſo ſcheint uns — von dem Verfaſſer (S. 359 — 366) nicht überwunden worden.

Wenden wir uns einen Augenblick von dem Streit der Meinungen und zweideutiger Stellen ab, um aus der Beſchaffenheit der Obligationen überhaupt einen Standpunkt für unparteiiſche Beurtheilung derſelben zu gewinnen. Die Darlehensſchuld, wenn ſie in Geld beſteht, iſt eine der einfachſten Obligationen. Wenigſtens glaubt man in ihr nichts weiteres unterſcheiden zu können; der Schuldner iſt eben X ſchuldig. Man würde,

---

97) l. 2. §. 5 D. v. o. — tenentur quidem et coheredes ejus. — l. 3 §. 1 — omnes tenentur heredes — l. 4 pr. — eadem dicemus — l. 4 §. 1 zeigt, daß die als poena ſtirtte aestimatio in Brüche ging; l. 85 §. 3 eod. ſpricht durch den Zuſammenhang für Savigny. Allein 1) ob das in solidum teneri in dem vorhergehenden §. 2 auch eine Solidarität in Haftung für das Intereſſe ausſpreche, iſt ſtreitig: 2) in den Worten „ceteri sarcient damnum“ iſt nahe gelegt, daß Paulus denkt, es ſeien Alle (pro parte) belangt.

98) l. 72 pr. D. v. o. (45, 1) (Ulpianus.)

Digitized by Google

blos dieſe Obligation im Auge, mitleidig über uns lächeln, wenn wir behaupteten, in dieſer Schuld liege eine Zwiefältigkeit verborgen: der Schuldner haſte für X, und er haſte mit X. Denken wir aber anſtatt des Geldbarlehens an ein Getreidedarlehen, ſo bekommt jene Unterſcheidung ſchon einigen Sinn; ja es ſcheint practiſch werden zu können, daß der Schuldner nicht blos einfach X Scheffel ſchuldig iſt, ſondern mit ſo und ſo viel Geld oder Geldeswerth für dieſelben einzuſtehen habe. Dieſe Spaltung der Schuld in eine Haftung für etwas, und in eine Haftung mit etwas, tritt nach römiſchem Rechte überall ein, wo dasjenige wofür man haftet, nicht Geld iſt; ohne ſie wäre ſo manche Verurtheilung ſäumiger und culpoſer Schuldner nicht möglich; das Syſtem der pecuniaria condemnatio iſt ohne ſie nicht denkbar. Unter den terminologiſchen Ausdrücken für den Inhalt der Obligationen: dare, facere, praestare oportere, — ſcheint das praestare oportere vorzugsweiſe auf die Geldleiſtungen zu gehen, womit man für das dare, facere oportere einzuſtehen hat. — Es iſt nun klar, wie eine Schuld in Anbetracht der Theilbarkeit und Untheilbarkeit in ſich ſelbſt verſchieden, zugleich theilbar und untheilbar ſein kann. Womit man haftet — das Geld — iſt immer theilbar und darum iſt dieſe Seite der Schuld immer theilbar; das wofür man haftet, iſt bald theilbar, bald untheilbar, und darum auch dieſe Seite der Schuld bald theilbar, bald untheilbar. Iſt dieſe letztere Seite der Schuld untheilbar, ſo iſt nothwendig eine Seite der Schuld ſolidariſch; daraus folgt aber nicht, daß es auch die andere ſei. Ich kann dafür haften müſſen, daß ein Haus gebaut werde (opus fieri); dieſe Seite meiner Schuld iſt nothwendig ſolidariſch: d. h. ich werde ſo lange nicht frei, als nicht das Haus ganz gebaut iſt; daraus folgt aber nicht, daß ich, wenn das Haus nicht oder nicht ganz erbaut wird, mit dem ganzen Aequivalente haſte, z. B. l. 22 D. dep. (16, 3) in fin.

> — nisi integrae rei restitutione, cum quo actum fuerit, liberari non posse; condemnandum tamen, si res non restituatur pro qua parte heres extitit [99]).

99) Vgl. l. 139 D. v. o. (45, 1): — in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est, sed pro parte hereditaria praestatio incumbit. cf. l. 85 §. 5 eod. wogegen „in totum praestare“ (l. 5 §. 25 D. commod. (13, 6) bei voller ſolidariſcher Haftung.

Digitized by Google

Mit Einem Worte: Man kann in solidum teneri, und doch nur pro parte präſtiren müſſen.

Nach allgemeiner Beſchaffenheit der Obligationen kann man alſo von der Untheilbarkeit des Gegenſtandes aus durchaus keinen Schluß auf abſolute Solidarität der Obligation, ſondern nur auf Solidarität der Einen Seite der Obligation ziehen. Daß ferner den Römern eine ſolche bloß einſeitige Solidarität gewiſſer obligatoriſcher Verhältniſſe bekannt geweſen ſei, zeigt ſich in den ſo eben allegirten Stellen. In dieſen zeigt ſich aber noch mehr: daß nämlich die einſeitige Solidarität gerade bei Untheilbarkeit des Gegenſtandes für den man haftete, zu Recht beſtund; in l. 139 cit. (Anm. 99) iſt Untheilbarkeit des Gegenſtandes geradezu ausgeſprochen; in l. 22 cit. aber ein anderer Grund, als Untheilbarkeit des restituere nicht zu entdecken. Die Vorſtellung von einer einſeitigen Solidarität der Obligatio wegen Untheilbarkeit des Gegenſtandes ſcheint uns aber noch anderweitig ausgeprägt zu ſein: wir meinen in den Poenalſtipulationen. Obligationen auf ein facere oder non facere wurden, je früher, deſto mehr, vielleicht einmal nothwendig, in Geſtalt einer poena certae pecuniae, si non fuerit factum, oder si adversus ea fuerit factum, contrahirt (vgl. Sav. 341). Wir wiſſen nun auf das beſtimmteſte [100]), daß wenn das betreffende factum ein individuum war, *dieſe Untheilbarkeit* einer Theilung der certa pecunia nicht im Wege ſtund: nicht als ob der pecunia wegen nun plattbin eine blos theilbare Obligation vorgelegen wäre (Sav. S. 367): es lag in ihr immerhin eine Solidarität verborgen. War eine ſolche Obligation auf mehrere Erben gekommen, ſo haftete Jeder *dafür*, daß z. B. der Weg hergeſtellt werde, *und dafür haftete jeder ganz*; es half ihm nichts, daß er etwa ¼ beſorgte; nisi in solidum — hieß es — peccari non poterit (l. 4 §. 1 cit.); die pecunia aber verwirkte für ihn blos zum Theile. So behandelten die Römer das untheilbare facere und non facere, wo das Geld, *mit* dem man *dafür* haftete, nicht erſt durch den Richter, ſondern vornherein ſchon durch die Parteien fixirt wurde. Denn dieſe contractmäßige Fixirung der zweiten Schuldſeite ſcheint es zu ſein, was die poena certae pecuniae vor der halbbeſtimmten obligatio blos auf facere oder non facere auszeichnet, nicht der Umſtand, daß dort das facere oder non facere blos in

100) l. 4 §. 1 D. v. o. cf. l. 85 §. 6 eod.
101) Sav. S. 367.

Digitized by Google

conditione, nicht in obligatione ist. Dieses Bedingungsverhältniß tritt hier allerdings in prägnanter Form, des Contractes wie der Klage, hervor; aber vorhanden ist es auch dort. Wenn nun die Haftung mit Geld, da wo dieses durch die Parteien fixirt war, trotzdem daß die Haftung für das untheilbare facere, non facere solidarisch war, gleichwohl als theilbar erachtet wurde: wie wird die Haftung mit dem Gelde behandelt worden seyn, wenn es von den Parteien nicht fixirt war? Sollte sie der Nichtfixirung wegen als untheilbar erachtet worden seyn?

Um aber zu des Verfassers Argumenten zurückzukehren: Wenn wir uns je noch vorstellen können, daß in Ulpians Zeit des Tubero und Celsus Meinung: ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem — „verschollen" gewesen, so möchten wir sie doch gegen das Prädicat einer „verschollenen Merkwürdigkeit" (Sav. S. 356), so viel in unseren Kräften stund, gerettet haben. In Obigem dürften aber auch Gründe liegen, an der gewöhnlichen Meinung, daß Ulpian selbst dieser Ansicht gewesen sey, festzuhalten. Was Savigny aus dem ganzen Zusammenhang der Stelle [102]) mit besonderem und gerechtem Nachdrucke hervorhebt, ist das „Idem puto"; Ulpian meint von der stipulatio faciendi dasselbe, was von der stipulatio viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutium und diese erklärt er, so wie sie es auch im vollen Umfange sind, für untheilbar. Dagegen kann nun aber bemerkt werden, daß Ulpian, wenn er der nachher referirten Sentenz von Tubero und Celsus beipflichtet, seine Meinung nicht aufgibt, sondern nur modificirt. Diese beiden Juristen verwarfen nicht alle Solidarität der stipulatio faciendi, sondern nur die mit dem Gelde. Vielleicht war in ihre Zeit das Aufkommen solcher Stipulationen ohne certae pecuniae promissio gefallen, und hatten sie diese Frage zuerst ergriffen. Wenn wir es auch mit dem Verfasser für auffallend halten müßten, daß Ulpian von seiner zuerst ausgesprochenen

102) l. 72 D. v. o. (45, 1) Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem recipiunt, veluti viae. — Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit — Celsus tamen lib. 38 Dig. refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici justa aestimatione facti dandam esse aestimationem.



Digitized by Google

Meinung nachher zu einer entgegengesetzten überginge [103]), so dürfte es doch weniger auffallen, wenn er sie nachher modificirt.

Was aber jene Stellen anlangt, welche offen von einem „in solidum teneri" reden, so scheint uns jetzt, nachdem wir einen Gegensatz des „in solidum teneri" und „pro parte praestare oportere„ annehmen mußten, der Anhalt, den sie dem Verfasser geben, nicht mehr so fest. Nichts bürgt uns dafür, daß hinter dem in solidum teneri nicht eine blos partielle Prästationspflicht verborgen liegt — besonders wenn Umstände vorliegen, welche eine einseitige Betonung des „in solidum teneri" rechtfertigen. Dieser Art ist aber gleich die vornehmste jener Stellen, l. 11. §. 23 leg. III.

> Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unum quemque heredem in solidum teneri, D. Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt. Tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum: post quod solam Proculam voluit facere, imputaturam coheredi sumtum pro parte ejus.

Es handelte sich hier darum, daß der Bau von den Erben wirklich vollführt, nicht etwa blos der Bauschilling gezahlt werde. Darum die Frist zur Aufforderung an den Miterben; darum die Entscheidung, daß Procula nach Umlauf dieser Frist anfangen, und zwar allenfalls auch allein anfangen müsse. Gleich der nächstfolgende Paragraph bemerkt, daß die Stadtgemeinde, der ein solches Vermächtniß hinterlassen ist, nicht immer statt des Baues den Bauwerth annehmen müsse [104]), so daß wohl auch zwangsweise zur Aufführung des Baues angehalten wird [105]). Wo es sich nun so vorwiegend, wo nicht ausschließlich um Erfüllung des untheilbaren facere selbst handelt, da drängte sich begreiflicher Weise die Solidarität dieser Verpflichtung vor; da Procula allenfalls auch allein (sola) bauen muß, haftet sie freilich solidarisch; allein der Schluß, daß sie allenfalls auch allein das Ganze zahlen müßte, kann nicht gezogen werden. — Meines Erachtens schließt sich an diese Stelle die andere —

---

103) Sav. S. 363. unten u. fgg.

104) Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare Reipublicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit: non audietur. —

105) Vgl. den interventus judicis in l. 7 in fin. D. leg. ann. (33, 1).

Digitized by Google

l. 80. §. 1. D. leg. Falc. (35, 2) [106]) aufs engſte an. Einmal iſt auch hier von einem Baulegat an eine Stadtgemeinde die Rede; dann wird die Solidarität des Legates darein verlegt, daß man den Bau ganz oder gar nicht aufführen müſſe; endlich zeigt ſich in den Schlußworten daß es ſich um Ausführung des Baues ſelbſt handelt; würde es ſich darum nicht handeln, ſo bedürfte es der vorgeſchlagenen Aushilfe (remedio succuri) nicht; der Erbe würde eben an Geld leiſten, ſo viel nach Abzug der Quart zu leiſten wäre; ſo nun aber muß der Legatar ſelbſt zum Baue beiſchießen. — Auch l. 85 §. 2 D. v. o. ſpricht von einem opus quod testator fieri jussit. Es iſt dies das erſte Beiſpiel für des Paulus zweite Kategorie: quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest (l. 85 pr.). Hier müſſen aber die Worte „nec divisum praestari potest“ von der Naturalleiſtung verſtanden werden; von der Geldleiſtung kann man ſie wenigſtens im natürlichen Sinne nicht verſtehen. Damit ſtimmt der Grund: quia operis effectus in partes scindi non potest — damit das weitere Beiſpiel überein; denn hier iſt ein Fall, in dem wir blos partielle Haftung mit Geld unzweifelhaft annehmen dürfen [107]). — —

So viel zur Rechtfertigung, warum wir die gewöhnliche Meinung, daß wegen Untheilbarkeit des facere oder non facere keine Solidarität

---

106) Quaedam legata divisionem non recipiunt: ut ecce legatum viae, itineris, actusve; ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. Sed etsi opus municipibus heres facere jussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit non dederit. Quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succuri, ut astimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat: si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.

107) Quod si stipulatus fuero: „Per te heredemve tuum non fieri, quominus eam, agam: si adversus ea factum sit, centum dari?“ et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri; quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor, sed caeteri fam. herc. judicio sarcient damnum. Es heißt nicht: qui conventus solidum praestitit, sarciet damnum, vgl. oben Anm. 97. u. 100.



Digitized by Google

der Haftung platzgreife, sobald es sich um Entrichtung des Interesse handelt — gegen den Verfasser festhalten. Aber warum denn schlechthin Solidarität bei der stipulatio viae? Ribbentrop's Erklärung, daß dies mit dem Wortlaut der Intentio zusammenhänge[108]), scheint uns noch immer haltbar. Darum meinen wir denn auch, daß wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes heutzutage keine vollständige Solidarität der Obligation mehr vorkomme.

Soweit nun aber eine Obligatio wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes solidarisch ist: ist sie soweit auch correal, wenn Mehrere haften? Es ist dies dieselbe Frage, welche Ribbentrop (S. 231) aufwirft, wenn er fragt, ob in solchen Fällen (quidquid dari fieri oportet) durch die Klage gegen einen Einzelnen die ganze Obligation in judicium deducirt worden sei, oder nur der betreffende Theil? Heutzutage käme alles darauf an, ob wenn ein Einzelner auf Ausführung des ganzen untheilbaren facere verklagt, und absolvirt würde, weil eine Verpflichtung zu jenem facere überhaupt nicht bestehe, hiemit Alle absolvirt seien oder nicht. Wir haben eben so wenig sicheren Anhalt für das heutige Recht, als Ribbentrop für das classische. So viel aber dürften wir auf Analogie der stipulatio viae etc. hin[109]) wagen, daß wenn die Obligation von Einem herrührt, die Mehreren also Erben sind, obige Frage zu bejahen sei. Soweit es sich also um Naturalleistung handelte, würde Einer für Alle noviren, quittiren, vergleichen und siegen können. Wo dagegen Mehrere eine solche Verpflichtung vertragsmäßig oder durch letzten Willen übernehmen, müßte die Einheit der Obligatio ausdrücklich gewollt sein; hier würde sich dann aber das Gedinge der Correalobligation meist auf die ganze Obligatio, nicht blos auf die Naturalleistung erstrecken, so zulässig es auch wäre, die Haftung für das Interesse auszunehmen.

## VIII.

Aus vorigem Abschnitte nehmen wir das Resultat mit herüber, daß Untheilbarkeit des Gegenstandes nur einseitige Solidarität mit sich bringt. Ja wir haben gesehen, daß wegen der zwei Seiten, die jede Obligation hat, jede Obligation an und für sich wenigstens nach der zweiten Seite hin

---

108) S. 223. f. dagegen de Scheurl a. a. O. S. 99 fgg.
109) vgl. oben den Text bei Anm. 21 und 53.

Digitized by Google

theilbar seyn muß. Solidarität der Obligation aber ist, wir sagen nicht Untheilbarkeit, wohl aber Ungetheiltheit der Obligation, natürlich unter Umständen, wo eine Getheiltheit allenfalls veranlaßt sein könnte. Solidarität der Obligation schlechthin ist Ungetheiltheit der Obligation nach ihren beiden Seiten, sowohl nach dem Gegenstande wofür, als dem Aequivalente womit gehaftet wird, Ungetheiltheit unter Abweisung der natürlichen Theilbarkeit der Geldhaftung. Wir sehen, es begegnet uns in der vollen Solidarität einer Obligation eine gewisse Freiheit der Entwicklung; in jener einseitigen Solidarität der Haftung für ein natürlicherweise untheilbares Thun oder Unterlassen ist nichts als Nothwendigkeit; wir sind zu dieser Annahme gezwungen; hier dagegen erscheint etwas Theilbares als ungetheilt; was allgemein theilbar ist, die Geldhaftung, und sonst bei jedem Anlaß auch getheilt ist, steht bei gewissen Anlässen plötzlich stille, tritt von der Möglichkeit nicht in die Wirklichkeit, von der Theilbarkeit nicht in die Getheiltheit über, sondern bleibt ungetheilt. Was hält sie auf? Wüßten wir das, so wüßten wir auch den Grund der Solidarität überhaupt.

Bevor wir aber diese Frage aufnehmen, wird es gut sein, noch auf einen anderen Punkt hin unser Augenmerk zu lenken. Man pflegt zu definiren: Wo Mehrere in Einer Obligatio für dasselbe und ganz haften, da ist Correalobligatio; wo Mehrere in mehreren Obligationen für dasselbe und ganz haften, da ist ein blos solidarisches Schuldverhältniß. In dieser Definition ist — was in Definitionen am wenigsten vorkommen sollte — Zufälliges und Wesentliches verwechselt. Wenn von mehreren Commodataren Einer den geliehenen Wagen zu Grunde richtet, so haftet er allein und ganz. Das Resultat jener Untersuchung in l. 5 §. 25. D. commod. (13, 6) ist: totum me praestare debere; darauf daß zufällig neben mir noch ein Anderer haftet, oder daß Mehrere haften, wird kein Nachdruck gelegt. So wird wohl auch von uns Niemand leugnen, daß das Eigenthümliche eines solidarischen Schuldverhältnisses, daß dieses selbst auch vorkommen kann, wo blos ein Einziger obligirt ist[110]), ja daß es in der Haftung eines Einzigen so recht sein Element und seine Kraft, in der Mehrheit von Schuldnern aber bloße zufällige Umstände hat, Umstände, die freilich dazu dienen, die Sache selbst augenfälliger zu

110) So kommt sie namentlich im Bereich der lex. Falcidia in Betracht s. z. B. oben Anm. 160.

Digitized by Google

machen und in's Gerede zu bringen. Die Verpflichtung, welche unser Commodatar hat, wäre genau dieselbe, wenn er allein entlehnt hätte; auch dann müßte Er das Ganze präſtiren; allein ſo lange nicht Mehrere um ihn ſind, denkt man nicht daran, daß hier eine ſolidariſche Verpflichtung vorliegt. Sobald aber Mehrere um ihn ſind, wird es augenfällig; jetzt fällt es auf, wenn und daß Einer haftet; denn es könnten auch Mehrere haften; noch aber fällt blos auf, daß er allein — solus — haftet; die Solidarität der Obligation erſcheint bis jetzt blos als Alleinigkeit der Perſon; ſie ſpricht auf dieſer Stufe, ſtatt die Mehrheit der Schuldner als ein Merkmal in ſich zu ſchließen, als Alleinigkeit den ſchärfſten Gegenſatz gegen dieſe Mehrheit aus. Nun kann es aber noch kommen, daß Mehrere nebeneinander haften; jetzt fällt es auf, daß der Mehrheit ungeachtet die Obligation nicht in Brüche geht: aus dem solus wird ein solidum. Die Sache ſelbſt bleibt aber aller Aenderung der Umſtände ungeachtet dieſelbe; nach wie vor wird in demſelben Umfang gehaftet. Die ſolidariſche Verpflichtung iſt ſchon da, auch wo noch keine Mehrheit der Perſonen da iſt, und eben deswegen kann ſie auch trotz der Mehrheit der Perſonen da ſein.

Um dem Grunde der Solidarität auf die Spur zu kommen, werden wir uns demnach die Solidarität auf ihren zwei Stufen vor Augen halten und fragen: 1) Wie kommt es daß wo Mehrere da ſind, die allenfalls haften könnten, Einer allein haftet? (woher entſpringt die Alleinigkeit der Haftung?) 2) Wie kommt es, daß trotzdem, daß die Mehreren wirklich haften, Jeder ganz haftet?

Die Frage ad 1) hat nur für diejenigen ſolidariſchen Schuldverhältniſſe Sinn, welche bei Contracten und Quaſicontracten (Vormundſchaft) vorkommen: nur hier ſind vielleicht vornherein Mehrere da, welche allenfalls mithaften könnten. Aber auch hier noch iſt der Fall der mehreren Mandatoren auszunehmen: denn dieſe haften, wenn es überhaupt dazu kommt, auch immer ſämmtlich mit. Bei den ſolidariſchen Schuldverhältniſſen anläßlich des Depoſitum ꝛc. ꝛc. dagegen haftet eben ſo leicht blos ein Einzelner, als Einige oder Alle. Der Grund dieſer alleinigen Haftung tritt uns nun aber aus Ribbentrop und Savigny leicht entgegen; die Verpflichtungen, welche hier in Frage kommen, ſind nicht ſchon zufolge des Contractes da; wäre dies, dann müßten Alle haften; ſie entſtehen erſt innerhalb und im Verlaufe der aus dem Contract entſtandenen Obligatio — durch Verſchuldung; dieſe kann eines Einzigen ſein, und muß ihn dann allein treffen.

Digitized by Google

Was aber ad 2) die andere Frage anlangt, warum Jeder totum präſtiren müſſe, erinnern wir zurück, daß nur eine Ungetheiltheit, keine Untheilbarkeit vorliegt, daß wir nichts Nothwendiges zu zeigen, ſondern etwas Freies zu rechtfertigen haben. Wer ſich nun vergegenwärtiget, wie von mehreren Depoſitaren, welche die deponirte Sache in gemeinſchaftlichem dolus zu Grunde richten, Jeder mit dem vollen Erſatze haftet, dagegen die mehreren Erben des Einen oder Anderen aus ihnen nur pro parte, kann nicht verkennen, worin der Grund wenigſtens dieſer Solidarität liegt. Es iſt die eigene Verſchuldung. Es iſt die eigene Verſchuldung, aus der Einer allenfalls allein, die eigne Verſchuldung oder Schuld, daß er ganz haftet. Wir müſſen es noch einmal hervorheben: nicht weil ſie untheilbar iſt, iſt dieſe Obligatio ungetheilt, ſondern weil ſie verſchuldet iſt; und auch nicht allgemein darum, weil ſie überhaupt verſchuldet iſt, — ihrem Urſprunge nach iſt auch die des Erben verſchuldet — ſondern weil derjenige ſelbſt, der um den Erſatz angegangen wird, ſie verſchuldet hat. Dies aber ſcheint keiner Rechtfertigung zu bedürfen.

Wenn als ſolidariſche Schuldverhältniſſe blos Delictsobligationen auf Schadenserſatz da wären, möchte man ſich mit dem eben angegebenen Grunde vielleicht begnügen; derſelbe würde allenfalls auch für die ſolidariſchen Schuldverhältniſſe in der Vormundſchaft ausreichen; allein nun kommen, abgeſehen von den mehreren Mandatoren, ſolche Schulden auch in Contractsverhältniſſen vor; in allen, nicht blos im Depoſitum, Commodat und Miethe können Verſchuldungen vorkommen; genügt die Verſchuldung für ſich, ſo haben wir die Möglichkeit von Solidaritäten in allen Contractsverhältniſſen; allein das glauben wir im Anſchluß an Ribbentrop verwerfen zu müſſen[111]). So drängt dieſe Claſſe von Fällen weiter. Wir werden nun aber unterſcheiden müſſen, ob die ſchon durch den Contract begründete Verpflichtung theilbar iſt oder nicht. So weit wir aus den Quellen entnehmen können, reicht die (durch die Contractsklage verfolgbare) Obligatio aus der Verſchuldung niemals weiter, als die aus dem Contracte; man kann aus Contracten von was immer für einer Art niemals mehr verſchulden, als was man durch den Contract ſchuldig iſt; haftet man durch den Contract blos für einen Theil, ſo kann man nicht ein Ganzes verſchulden. Da von mehreren Verkäufern Jeder blos für Verſchaffung eines Theils der Sache

111) ſ. oben Anm. 93.

Digitized by Google

haftet, so kann er — aus dem Verkaufe und der actio emti gegenüber — niemals mehr als einen Theil verschulden [112]). Wer dagegen für ein restituere haftet, Depositar, Miether und Pächter, Commodatar, Faustpfandgläubiger, manche Schuldner aus Innominat-Realcontracten, der haftet schon durch den Contract für ein Untheilbares: auf ihn paßten die schlagenden Worte: „nisi in solidum peccari non poterit —" er muß die verschuldete Nichtrestitution, oder die nicht gehörige Restitution auch ganz ersetzen [113]). Aber nicht nur das restituere, auch das negotium administrare, gerere ist untheilbar; daher verschuldet auch von mehreren Mandataren Jeder ein Ganzes [114]).

Wenn es erlaubt ist, auf unsere so viel benützte Unterscheidung von zwei Schuldseiten zurückzukommen, so ist nun klar, daß die Ungetheiltheit der Ersatzpflicht — denn so können wir die zweite Schuldseite auch nennen — wenigstens in Contracten nicht blos durch Verschuldung, sondern zugleich durch Untheilbarkeit der ersten Schuldseite, der Haftung für das Etwas bedingt ist. Es liegt aber sehr nahe, daß auch in der Tutel die Untheilbarkeit der negotiorum administratio zur Solidarität der Ersatzpflicht beigetragen hat und selbst bei bloßen Delicten ließe sich ein Zusammenhang der ungetheilten Ersatzpflicht mit etwas Untheilbarem vertheidigen. Denn die Schadensstiftung würde als etwas Theilbares vielleicht gedacht, schwerlich aber behandelt werden können [115]).

Was endlich die mehreren Mandatoren anlangt, so haben wir die Untheilbarkeit des Auftrags (mandatum, jussum) schon früher hervorgehoben [116]); damit auch die Untheilbarkeit der Ermähtigung zu den nöthigen

---

112) Dem Käufer gegenüber ist damit Alles abgethan: den Mitverkäufern kann er pro socio, mandati, und im Falle einer culpa in faciendo legis Aq. actione haften und solidum prästiren müssen. Diese Klagen müßten sie aber dem Käufer cediren.

113) Nach l. 22 D. dep. (16, 3) certo verum est, in solidum quemque dolo fecisse et nisi pro solido res non potest restitui — (vgl. Gaj. IV. 47) möchte man annehmen, daß in factum geklagt werden mußte; allein l. 3 §. 3 D. comm. (13, 6) macht es unwahrscheinlich.

114) l. 60 §. 2 D. mand. (17, 1) Duobus quis mandavit negotiorum administrationem quaesitum est, an unus quisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi, unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.

115) vgl. z. B. l. 22 D. dep. oben Anm. 113.

Digitized by Google

Auslagen; damit auch die Obligirung zum Ersatze aller Auslagen. Hier möchten wir daher die Ungetheiltheit der Ersatzpflicht einzig darin suchen, daß sie, nicht selbstverschuldet, sondern selbst gewollt ist.

Um nun Alles zusammenzufassen, so sagen wir:

1) Ein solidarisches Schuldverhältniß besteht darin, daß Einer von Mehreren allein haftet, oder daß er, obgleich Alle haften, ungetheilt haftet.

2) Die ungetheilte Haftung Mehrerer kann überall vorkommen, wo überhaupt solidarische Schuldverhältnisse vorkommen: bei Delicten, Quasicontracten (Vormundschaft, Magistratur) und Contracten; alleinige Haftung fällt nur auf, wo aus mehreren Contrahenten oder Quasicontrahenten blos Einer haftet.

3) Grund der alleinigen Haftung ist: alleinige Verschuldung; Grund der ungetheilten Haftung: Untheilbarkeit dessen, worin man verschuldet (restituere — negotiorum administratio — Schadensstiftung der Delicte) und die Schuld (culpa, dolus) selbst. Die ungetheilte Haftung mehrerer Mandatoren beruht in der Untheilbarkeit des Mandats.

Zum Schlusse noch eine Vergleichung mit der Correalobligation. Eine Aehnlichkeit liegt darin, daß hier und dort Mehrere für dasselbe haften können, und einmalige Erfüllung hier und dort Alle befreit. Aber der C. O. ist die Mehrheit der Personen so wesentlich, daß ohne diese eine C. O. gar nicht aufkommen kann; das Wort correi drückt etwas Nothwendiges aus; hier dagegen ist die Mehrheit der Personen etwas Zufälliges. Bei der C. O. rührt ferner die Einheit der Erfüllung aus der Einheit der Obligation her; hier dagegen aus der Beschaffenheit der mehreren Obligationen; sie gehen immer auf Ersatz desselben Dinges; der Ersatz ist nur einmal möglich. Sie sind sich ferner ähnlich durch Solidarität der Haftung; allein die Solidarität des solidarischen Schuldverhältnisses beruht oft blos in Alleinigkeit der Haftung, und wenn es sich als Ungetheiltheit der Haftung zeigt, beruht diese auf ganz anderen Gründen, als die Ungetheiltheit der C. O.; letztere beruht auf der Identität der mehreren Haftungen; jene dagegen auf einer Untheilbarkeit der Verpflichtung und auf Verschuldung. So kommt denn das solidarische Schuldverhältniß auch nur auf passiver Seite vor. Wie die Mehrheit der Personen in solidarischen Schuldverhältnissen zufällig ist, so hat

---

116) s. oben Anm. 86.

Digitized by Google

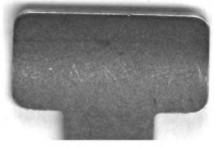
sie auch durchaus den Sinn nicht, wie bei C. Obligationen: Jeder haftet aus eigener Schuld, und für sich selbst, keiner für den Anderen: darum auch keine Einheit der Obligatio.

Mag also das solidarische Schuldverhältniß in manchen Stücken Aehnlichkeiten haben mit der C. O.: der Grund derselben ist überall ein anderer, weshalb sie denn auch trotz der Aehnlichkeiten verschieden, und zwar durchaus verschieden sind. Wir möchten darum die solidarischen Schuldverhältnisse nicht einmal unächte Correalobligationen nennen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

## Zu demselben Verlage ist erschienen:

**Brauer, W.**, die allgemeine deutsche Wechselordnung mit den Abweichungen der österreichischen Wechselordnung erläutert. 2. vermehrte Aufl. gr. 8. geh. 1 Rthlr. 6 Ngr. oder 2 fl.

**Frey, Ludwig**, die Staatsanwaltschaft in Deutschland u. Frankreich. gr. 8. geh. 1 Thlr. 2 Ngr. oder 1 fl. 54 kr.

— — Frankreichs Civil- u. Criminalverfassung. 2. vermehrte Aufl. gr. 8. geh. 1 Rthlr. 26 Ngr. oder 3 fl.

**Gerichtssaal, der.** Zeitschrift für volksthümliches Recht, insbesondere für öffentlich-mündliches Verfahren in Criminal- und Civilsachen und Geschwornenverfassung. Unter Mitwirkung vieler, den deutschen gesetzgebenden Versammlungen, Gerichtshöfen und Hochschulen ꝛc. angehörenden Juristen, herausgegeben von Dr. L. von Jagemann. 1849. 1850. 1851. 1852. 1853. Der Jahrgang von 12 Heften. gr. 8. à 5—6 Bogen. 4 Rthlr. 20 Ngr. oder 8 fl.

Einzelne Hefte à 12 Ngr. oder 40 kr.

**Jagemann, Dr. L. von**, Criminallexicon. Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland bearbeitet und fortgesetzt von Geh.-Rath und General-Auditor Brauer in Carlsruhe. gr. Lex. 8. 1853. 1—3. Liefg. geh. 20 Ngr. oder 1 fl. 12 kr.

(Mit circa 8 Lieferungen ist das Werk geschlossen.)

**Marquardsen, Dr. H.**, über Haft und Bürgschaft bei den Angelsachsen. Vorstudie zur einer Geschichte des Habeas-Corpus-Rechts. gr. 8. geh. 10 Ngr. oder 36 kr.

**Mittermaier, C. J. A.**, das englische, schottische und nordamerikanische Verfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelnheiten der Rechtsübung. gr. 8. geh. 2 Rthlr. 28 Ngr. oder 5 fl.

**Schürmayer, Dr. J. H.**, Handbuch der medicinischen Polizei. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, zu academischen Vorlesungen und zum Schulunterrichte für Aerzte und Juristen bearbeitet. gr. 8. geh. 3 Rthlr. 2 Ngr. oder 5 fl. 24 kr.

— — Theoretisch-praktsches Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen des In- und Auslandes und des Verfahrens bei Schwurgerichten, für Aerzte und Juristen bearbeitet. Mit einem Anhange, enthaltend eine kurzgefasste praktische Anleitung zn gerichtlichen Leichenobductionen. gr. 8. geh. 2 Rthlr. 16 Ngr. oder 4 fl. 24 kr.

**Wirth, Dr. Karl J. G.**, über das leitende Princip der Beweislast u. Einreden im Civilproceß. Ein Versuch. gr. 8. geh. 12½ Ngr. oder 45 kr.

**Zeitschrift, deutsche, für die Staatsarzneikunde** mit vorzüglicher Berücksichtigung der Strafrechtspflege in Deutschland und Oesterreich, herausgeg. von Dr. P. J. Schneider, Dr. J. H. Schürmayer und Dr. J. J. Knolz, unter Redaction von Sigm. A. J. Schneider Neue Folge. 1. Band in 4 Heften complett 4 Rthlr. od. 6 fl. 48 kr.

---